

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Des Droits des Créanciers inscrits sur le Fonds de Commerce

THÈSE
DE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 21 Novembre, à 14 heures

PAR

Julien ROBIN

Président : M. ALBERT WAHL, Professeur
Suffragants : M. PERCÉROU, Professeur
M. RIPERT, Professeur

LES PRESSES MODERNES
IMPRIMERIES

45, Rue de Maubeuge
PARIS (IX^e)

1929

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Des Droits des Créanciers inscrits sur le Fonds de Commerce

THÈSE
DE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 21 Novembre, à 14 heures

PAR

Julien ROBIN

Président : M. ALBERT WAHL, Professeur

Suffragants : M. PERCEROU, Professeur

M. RIPERT, Professeur

LES PRESSES MODERNES
IMPRIMERIES

45, Rue de Maubeuge
PARIS (IX^e)

1920

La Faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



Des Droits des Créanciers inscrits sur le Fonds de Commerce

INTRODUCTION

De toutes les notions qui peuvent servir à caractériser le fonds de commerce, il n'en est peut être pas de plus importante que celle qui constate que le fonds de commerce est une chose ou un bien qui a une « situation fixe ». De quelque manière que l'on considère le fonds en effet, il est impossible de ne pas remarquer que, dans la très grande majorité et presque l'universalité des cas, le fonds de commerce a une assiette déterminée et qu'il arrive d'une manière tout à fait exceptionnelle que cette situation soit déplacée. Cela provient, très probablement, du fait que la partie en quelque sorte vitale du fonds de commerce est constituée par la clientèle, c'est-à-dire l'habitude qu'ont les clients de se rendre et de s'approvisionner à un magasin déterminé; et dès lors si le fonds de commerce demeure matériellement susceptible de déplacement, en fait il arrive très rarement que l'on voie s'effectuer un déplacement de ce genre, qui est toujours

redouté du commerçant, parce qu'il craint que la clientèle ne le suive pas. En tous cas, cette sorte d'immobilité sépare nettement le fonds de commerce du meuble corporel, car celui-ci, par définition, est susceptible de changer de main d'une manière presque indéfinie, et c'est précisément cette mobilité même qui lui a donné son nom.

De l'immobilité du fonds de commerce résulte cette conséquence que le fonds de commerce est un bien qui est susceptible d'être facilement indentifié; l'on parlera de tel fonds de commerce déterminé sis à Marseille, telle rue et tel numéro; c'est de ce fonds de commerce qu'il s'agit, et il ne s'agit pas d'un autre, la confusion est impossible.

Mais la principale conséquence de l'immobilité du fonds de commerce, c'est encore que le fonds de commerce entre dans la catégorie des biens qui ont une situation fixe, et qui précisément, à raison de ce caractère, sont susceptibles de publicité. Voici ce que nous voulons dire : c'est que toutes les mutations qui peuvent avoir lieu à propos des biens dont la situation est fixe, ou toutes les constitutions de droits réels ou de sûretés qui s'opèrent à propos de ces biens peuvent être portées à la connaissance des tiers au moyen de mesures de publicité; elles sont, en général, effectuées à la conservation des hypothèques de l'arrondissement où le bien est situé, ou encore pour le fonds de commerce, au greffe du Tribunal de Commerce, alors qu'au contraire en ce qui concerne les meubles, il n'y a pas de localité où la loi puisse organiser la publicité, parce que le meuble est susceptible de déplacement.

Donc, le fonds de commerce est un bien dont la situation est fixe, un bien susceptible d'être identifié, et un bien à propos duquel les mutations ou constitutions de droits ou de sûretés réelles sont assujetties à la publicité, et ces observations prélimi-

naires vont nous permettre d'apporter de nouvelles précisions. Lorsque le débiteur veut obtenir du crédit d'un créancier et se faire remettre des avances, il lui constitue pour sûreté du remboursement sur ses biens un gage ou une hypothèque. Ce sont des sûretés réelles à première vue de même nature, mais entre lesquelles il existe une différence capitale : c'est que, dans le cas de gage, le bien affecté à la garantie de la dette est remis entre les mains du créancier, au lieu que dans le cas d'hypothèque, le bien reste en la possession du débiteur. Et comme les tiers ne sont pas prévenus de l'existence de l'hypothèque, puisqu'ils voient le bien en la possession du débiteur, le droit moderne a imaginé, pour avertir les tiers, de décider que l'hypothèque ne leur sera opposable qu'autant qu'elle aura été publiée au moyen d'une inscription. Ainsi la notion de gage est étroitement liée à la dépossession du débiteur, au lieu que, dans le cas d'hypothèque, le bien reste entre les mains du débiteur et la publicité est assurée au moyen d'une inscription. C'est le seul critérium qui permette de distinguer le gage de l'hypothèque.

En appliquant ce critérium dans le cas où le fonds de commerce a été donné en garantie à un créancier, il est impossible de ne pas apercevoir que cette garantie n'est peut-être pas un gage, mais une hypothèque. En effet, d'après les termes de la loi de 1909, le fonds de commerce peut être donné en garantie de la manière suivante : le débiteur reste en possession du fonds, mais le droit du créancier est publié au moyen d'une inscription prise au Greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel est situé le fonds de commerce. Puisque le fonds de commerce est donné en garantie sans qu'il y ait dépossession du débiteur, il faut nécessairement admettre que cette garantie n'est pas un gage, mais une hypothèque. (V. PLANIOL, t. 2, n^{os} 2405 et 2709.)

Cette manière de voir se renforce encore lorsqu'on se reporte

à l'historique de la réglementation des fonds de commerce. On peut, en effet, constater qu'après avoir été longtemps méconnue, la loi de 1909 a consacré cette vérité que le droit du créancier inscrit sur le fonds de commerce comporte un droit de préférence et un droit de suite, et surtout, de même que les privilèges et hypothèques ordinaires, qu'il peut être soumis à une procédure de purge.

Il existe cependant une doctrine contraire et depuis longtemps on a soutenu qu'en matière de fonds de commerce il ne pouvait pas être question d'hypothèque, mais qu'il s'agissait d'une simple mise en gage du fonds de commerce.

Le point de départ de cette théorie consiste à considérer le fonds de commerce comme un meuble. Il est impossible, en effet, de ne pas constater que les marchandises, le matériel, l'outillage sont des meubles, et qu'ainsi le droit au bail, par là même que c'est un droit de créance, est également un droit mobilier, un meuble incorporel.

En partant de ce point de départ, à l'époque où il n'y avait pas de réglementation, on soumettait la mise en garantie du fonds de commerce aux règles du gage, et on s'efforçait de marquer la dépossession du débiteur au moyen de symboles tels que la remise des titres au créancier ou, pour le droit au bail, la signification au bailleur.

Ensuite est venue la loi de 1898, mais alors on constate une modification tout à fait spéciale, puisque pour la première fois, la loi de 1898 organise la publicité au moyen d'une inscription au greffe du Tribunal de Commerce. Cependant, les partisans de l'opinion qui considèrent toujours la mise en garantie du fonds de commerce comme un nantissement ne se sont pas découragés, et ils ont tenu le raisonnement suivant : nous sommes en présence d'un meuble, le fonds de commerce ;

ce meuble est donné en gage. Anciennement il aurait fallu la dépossession du débiteur en vue d'assurer la publicité du gage; mais la loi nouvelle introduit une formalité substitutive de la dépossession, elle remplace la dépossession par la publicité qui résulte de l'inscription au greffe, ou, si l'on préfère, l'inscription au greffe vaut dépossession; mais, en somme, il y a toujours dépossession, l'on est donc bien toujours en présence d'une constitution de gage.

Tel est le raisonnement dans ses éléments les plus substantiels, et, à l'heure actuelle, admis par beaucoup d'auteurs (V. COLIN et CAPITANT, 3^e édition, t. 2, p. 768.)

Puisqu'il faut prendre parti dans la controverse, c'est la notion d'hypothèque qui nous paraît préférable. On dit que l'inscription remplace la dépossession, ou plutôt que c'est une forme de dépossession; mais alors on ne voit pas pourquoi l'on ne tiendrait pas le même raisonnement en matière d'hypothèque et on pourrait dire que la publicité à la conservation des hypothèques remplace également la dépossession qui résulterait de la remise de l'immeuble aux créanciers. Le raisonnement adverse nous paraît aboutir à une confusion du gage et de l'hypothèque, il n'y aurait plus moyen de distinguer l'une de l'autre ces deux sûretés qui font cependant de la part de la loi l'objet de réglementations très différentes, et, puisqu'il faut sortir de difficulté, le moyen le plus sûr de distinguer c'est le critérium classique de la dépossession. Or, il paraît y avoir un abus de langage certain lorsqu'on dit que le commerçant, par le fait de l'inscription au Greffe, est dépossédé. Il n'est dépossédé en aucune façon, il reste d'une manière absolue à la tête de son commerce, il a le bail, les marchandises et l'outillage à sa disposition. Le droit du créancier inscrit sur le fonds de commerce n'est donc pas un gage, il faut décider que c'est une hypothèque.

Nous tenons là une première directive, le droit du créancier inscrit est un droit d'hypothèque, et de même le droit du vendeur pour garantir le paiement du prix est un véritable privilège.

Il faut maintenant préciser la nature du bien grevé, c'est-à-dire la nature du fonds de commerce. Essayons de procéder par analyse; celle-ci nous conduit aux observations suivantes :

PREMIÈRE OBSERVATION. — Dans le fonds de commerce nous apercevons divers éléments dont les principaux sont les éléments incorporels : l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, le droit au bail; il y a également des éléments corporels : le matériel et l'outillage, et enfin les marchandises.

DEUXIÈME OBSERVATION. — Ces divers éléments ne sont pas seulement juxtaposés les uns aux autres. Certains, les éléments incorporels, occupent une position primordiale; ce sont eux qui caractérisent véritablement le fonds de commerce et l'on pourrait presque dire que là où il y a les éléments incorporels, le fonds de commerce existe, mais qu'en l'absence de ces éléments, il n'y aurait pas de fonds de commerce. (V. Riom, 27 juin 1928, Gaz. Pal., 25-26 nov. 1928.)

TROISIÈME OBSERVATION. — Les éléments corporels tels que les marchandises, le matériel et l'outillage sont unis aux éléments incorporels par un certain rapport, de la même manière que l'accessoire suit le sort du principal. On peut dire qu'il y a certains éléments principaux, des éléments incorporels, et d'autres éléments qui sont accessoires.

QUATRIÈME OBSERVATION. — Quelle est finalement la nature du fonds de commerce ? Est-ce un meuble ou bien est-ce un immeuble ?

Il est de tradition de considérer le fonds de commerce comme un meuble incorporel, mais on sait tout le caractère artificiel que présente la distinction des meubles et des immeubles. En droit

romain, cette distinction était très claire, c'est, qu'en effet, elle ne s'appliquait qu'aux choses corporelles, et il était facile de voir si une chose corporelle était ou non susceptible de déplacement. (V. CUQ, *Institutions juridiques des Romains*, p. 239, n° 8).

Cette distinction, très claire en droit romain, s'est faussée dans l'ancien droit; il fallait, par exemple, savoir quels sont les biens qui tombent ou ne tombent pas dans la communauté, il fallait donc répartir tous les biens dans la catégorie des meubles ou des immeubles, et alors on a appliqué la distinction tant bien que mal aux choses incorporelles, mais l'on voit tout ce que la distinction a d'artificiel, du moment que l'on n'est plus en présence d'un objet matériel. (V. PLANIOL t. 1^{er}, n° 2195.)

On va voir maintenant comment, avec ce point de départ, on en est venu à considérer le fonds de commerce comme un meuble. Le droit au bail, même quand il porte sur un immeuble, est considéré comme un meuble, parce qu'il répond à une obligation de faire du bailleur. D'autre part, comme le bail est l'élément prédominant du fonds de commerce et que, du reste, les marchandises et l'outillage sont assurément des meubles, on en est venu à considérer le fonds de commerce comme ayant lui-même un caractère mobilier.

C'est une tendance contre laquelle il ne serait peut-être pas impossible de réagir. La propriété du fonds de commerce, pour employer le terme dont se sert le bon sens populaire, est une véritable propriété. Ce qui crée l'équivoque, c'est que l'objet de ce droit de propriété est en quelque sorte indéfinissable; c'est un droit de propriété qui confère principalement à son titulaire la faculté de bénéficier de l'habitude qu'ont les clients de venir à un magasin déterminé, mais ce n'en est pas moins un droit de propriété, et comme l'objet sur lequel porte ce droit de propriété a, comme nous l'indiquions au début de cette étude, une assiette

fixe, il faut décider que l'on se trouve en présence d'un véritable immeuble, et l'on aboutit de la sorte à cette notion que le fonds de commerce est un immeuble.

CRITIQUE DE LA NOTION D'UNIVERSALITÉ. *Dans les observations qui précèdent, il est une notion que nous avons en quelque sorte laissée de côté, bien qu'il soit d'un usage très fréquent de déclarer qu'avant tout et par dessus tout, le fonds de commerce est une universalité, soit de fait disent les uns, soit de droit disent les autres. Ce terme d'universalité n'est pas absolument clair en lui-même il ne s'agit évidemment pas de personnalité morale, c'est quelque chose de très différent, mais il nous paraît que ce quelque chose peut se ramener à une notion classique, qui est précisément contenue dans la théorie de l'accessoire que nous avons esquissée dans notre Troisième Observation.*

Il y a un rapport d'accessoire à principal entre le matériel et les marchandises d'une part, et les éléments incorporels d'autre part (cela correspond à l'universalité de fait); en outre, si l'on fait produire certains effets de droit à cette théorie de l'accessoire, il est impossible de ne pas constater que la théorie de l'accessoire entre dans le cadre des notions légales (cela correspond à l'universalité de droit).

Insensiblement, nous sommes donc parvenus à cette notion que le droit du créancier inscrit sur le fonds de commerce est assimilable à une hypothèque, et même à une hypothèque immobilière. C'est ce droit que nous aurons à étudier, et en même temps le privilège du vendeur de fonds de commerce; et par là même, nous aurons une tendance incessante au point de vue de la solution des difficultés, mais légitime après les explications qui précèdent, à nous référer au droit commun, lorsqu'il règle l'hypothèque immobilière ou le privilège du vendeur

d'immeuble. Et dès maintenant c'est ce droit commun qui nous fournira le plan de cette étude, car nous n'aurons qu'à adopter le plan généralement suivi pour l'étude des sûretés réelles immobilières. Nous aurons donc à voir successivement les sources du privilège ou de l'hypothèque et la conservation de ces droits; puis, dans un second titre, le droit de préférence des créanciers inscrits; sous une autre division le droit de suite, et enfin la procédure de purge.

Dans la présente étude toutes les questions de frais, de timbre, d'enregistrement, seront à peu près complètement laissées de côté; nous verrons si, à côté de ce qui existe au point de vue législation dans les lois de 1898 et de 1909, il n'y aurait pas moyen de faire autrement, et peut-être de faire mieux, et nous essayerons dans une dernière partie, la conclusion, de dégager, à cet égard, les résultats de cette étude.

TITRE PREMIER

Sources et Conservation du Privilège du Vendeur et autres sûretés qui peuvent exister sur le Fonds de Commerce. Détermination de leur étendue.

Les droits des créanciers inscrits qui peuvent exister sur le fonds de commerce sont de deux sortes : il y a le privilège du vendeur du fonds de commerce, et le droit, que nous qualifierons d'hypothécaire, du créancier à qui le fonds de commerce a été donné en garantie. Il y a lieu d'étudier successivement chacun de ces droits, et cela fera l'objet de deux sections distinctes.

PREMIÈRE SECTION

Du privilège du vendeur au Fonds de Commerce

Le privilège du vendeur du fonds de commerce est une faveur, un avantage que la loi assure au vendeur sur le fonds même qui vient d'être vendu en vue de garantir l'exécution des

obligations assumées par l'acheteur et, en particulier, le paiement du prix. Ce n'est là qu'un rappel du droit commun, puisque dans le droit commun, il y a un privilège du vendeur de meubles et un privilège du vendeur d'immeubles; mais la loi de 1909 a édicté en la matière des règles spéciales, et ce sont précisément ces règles qu'il y a lieu d'étudier. La législation à cet égard est assez confuse; aussi pour essayer de clarifier, nous examinerons tout d'abord le cas où le vendeur a entendu se réserver le maximum de garantie, car c'est précisément dans ce cas que la loi fonctionne avec le plus de facilité, puis nous verrons le cas où le fonctionnement de la loi se trouve en quelque sorte en défaut, parce que les parties ne sont pas entrées strictement dans le cadre prévu par le législateur.

CHAPITRE PREMIER

Du cas où le vendeur a entendu se réserver le maximum de garantie.

C'est l'hypothèse où la loi fonctionne avec le plus de facilité. Il faut supposer que le vendeur a entendu réserver le privilège à la fois sur les éléments incorporels, sur le matériel, et sur les marchandises, et nous supposons, en même temps, que toutes les formalités prévues par la loi ont été rigoureusement observées; ce sont précisément ces formalités qu'il convient d'étudier.

La naissance du privilège est subordonnée à un certain nombre de conditions, et ces conditions sont au nombre de trois : il faut la rédaction d'un écrit; il faut le dépôt au Greffe du Tribunal de Commerce de l'expédition ou d'un exemplaire du contrat de vente; il faut, enfin, l'inscription sur un des registres au Greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds vendu.

Il y a lieu de revenir sur ces diverses conditions.

Il faut, tout d'abord, la rédaction d'un écrit. Ce qui est remarquable ici, c'est que la rédaction de l'écrit n'est pas nécessaire pour la validité du contrat de vente lui-même, car cette validité demeure soumise au point de vue de la preuve aux règles du droit commun; mais le législateur exige qu'il soit dressé un écrit toutes les fois que les parties ont entendu réserver l'existence du

privilège; on a considéré que l'existence de lettres missives ou le rappel de conventions verbales donneraient lieu à des obscurités qu'il était préférable d'exclure.

L'acte peut être sous seing privé ou passé par devant notaire, au gré des parties : toutefois, l'acte de vente reçu en brevet ne donnerait point naissance au privilège, mais il faut y ajouter ce correctif que s'il était revêtu de la signature des parties, il pourrait valoir comme acte sous seing privé, et dès lors être efficace pour la naissance du privilège.

Lorsque l'acte est sous seing privé, il doit comprendre le nombre d'exemplaires prévus par le Code Civil, mais il faut un exemplaire supplémentaire, car la loi prévoit le dépôt d'un exemplaire au Greffe; en outre, comme l'acte sous seing privé doit être enregistré, il faut encore un autre exemplaire qui sera déposé au bureau d'enregistrement.

La seconde formalité prescrite est précisément le dépôt au Greffe du Tribunal de Commerce dans la quinzaine de la date de l'acte de l'expédition ou d'un exemplaire du contrat de vente. Cette formalité est prescrite en vue d'établir au Greffe une série de pièces qui, par dépôts successifs, faciliteront les recherches pour établir l'origine de propriété du fonds de commerce.

Enfin, la troisième formalité prescrite est assurément plus importante que la précédente, c'est l'inscription du privilège sur un des registres du Greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel se trouve le fonds vendu. A cette fin, le vendeur ou son mandataire verbal doit présenter au greffier deux bordereaux sur papier libre, et l'inscription va être la reproduction de ces bordereaux. Les bordereaux doivent contenir toutes les mentions prescrites par la loi et ils ne doivent pas contenir de mentions étrangères à celles qui sont prescrites par la loi. S'il y avait donc des indications inutiles, le greffier ne serait pas tenu de les

transcrire; mais dans le cas où toutes les indications exigées par la loi ne seraient pas portées sur le bordereau, le greffier serait néanmoins tenu d'opérer la transcription, car ce n'est pas à lui qu'il appartient de se faire juge de la régularité de l'inscription.

La loi n'ayant pas indiqué les mentions qui étaient ou n'étaient pas prescrites à peine de nullité, il y aura lieu d'appliquer ici la règle usuelle admise en d'autres matières et qui distingue entre les mentions substantielles et celles qui ne sont qu'accessoires, en suivant comme idée directrice que ces formalités sont prescrites pour renseigner les tiers, et que les indications portées au bordereau doivent être suffisantes pour assurer finalement la publicité de l'inscription; si elles ne sont pas suffisantes, il y aura nullité. La question de la nullité est donc une question de fait, elle devrait échapper au contrôle de la Cour de Cassation, et cependant celle-ci n'a pas abdiqué en la matière toute faculté d'examen. (DALLOZ, *Nouveau Code Civil annoté*, Article 2148, n° 181.).

Voyons maintenant quelles sont les indications qui doivent être portées dans les bordereaux. D'après l'article 24 de la loi de 1909, ces énonciations sont les suivantes :

1° Le bordereau doit indiquer les noms, prénoms et domiciles du vendeur et de l'acquéreur, ainsi que leurs professions, s'ils en ont une. Dans le cas où un fonds est donné en garantie, le bordereau devra porter les noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur ainsi que du propriétaire du fonds si c'est un tiers qui se porte caution d'une dette et donne comme garantie son fonds de commerce.

Ces diverses indications ne doivent pas, en général, être considérées comme substantielles, c'est-à-dire comme entraînant, quand elles sont omises, la nullité de l'inscription; mais il est néanmoins nécessaire que l'identité de ces diverses personnes

puisse être établie au moyen des autres éléments de l'inscription, dans des conditions telles qu'il ne puisse y avoir de confusion dans l'esprit du tiers que l'inscription a pour but de renseigner; s'il s'était produit en fait une confusion de ce genre, et que celle-ci n'ait point pour cause une erreur grossière de la part du tiers, il pourrait y avoir nullité de l'inscription.

2° Les bordereaux doivent encore indiquer la date et la nature du titre. Ces deux indications sont également utiles. En effet, par la date du titre, le tiers pourra se rendre compte si l'inscription a été prise dans le délai prévu par la loi, et d'autre part, c'est la nature du titre qui révèle au greffier le registre sur lequel il doit opérer la transcription. Ces énonciations prennent donc un caractère d'importance suffisant pour qu'il soit possible de les considérer comme substantielles.

3° Les bordereaux doivent indiquer les prix de vente, qui doivent être établis distinctement pour le matériel, les marchandises et les éléments incorporels du fonds, ainsi que les charges évaluées, s'il y a lieu (ou le montant de la créance exprimé dans le titre) les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité. L'on voit de la sorte le détail et la précision qui sont exigés par la loi. Il faut une division tripartite du prix, et cette indication est à ce point nécessaire au jeu même des prescriptions de la loi de 1909, qu'il a été possible de considérer l'inobservation de la loi sur ce point, comme une cause de nullité; il faut, du reste, que la division tripartite du prix soit elle-même portée dans l'acte de vente, et non pas seulement dans les bordereaux.

4° Les bordereaux doivent contenir la désignation du fonds de commerce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec l'indication précise des éléments qui les constituent et sont compris dans la vente (ou le nantissement), la nature de leurs opérations, leur

siège, sans préjudice de tout autre renseignement propre à les faire connaître.

Il faut donc que les bordereaux renfermant l'énumération minutieuse des éléments vendus; c'est à cette seule condition que le privilège du vendeur sera conservé avec le maximum d'étendue que les parties ont, d'après l'énoncé même de notre chapitre, entendu lui assurer.

5° Les bordereaux doivent contenir l'élection du domicile par le vendeur (ou le créancier gagiste) dans le ressort du Tribunal où est situé le fonds.

Ici encore, il s'agit d'une formalité substantielle, et l'énonciation du domicile élu est exigée à peine de nullité de l'inscription.

Toutefois, l'on considère, en général, qu'il y a lieu de transporter en la matière le système admis pour l'inscription hypothécaire, et toutes les fois que le créancier a indiqué son domicile réel, si ce domicile réel se trouve dans le ressort du bureau des hypothèques où est prise l'inscription, cela remplace l'indication d'un domicile élu.

Il faut décider dans le cas où les bordereaux auront indiqué le domicile réel du créancier, c'est-à-dire du vendeur, que si ce domicile réel est situé dans le ressort du Tribunal de Commerce, l'inscription est valable.

Il n'est pas nécessaire que les bordereaux soient signés; cela résulte des travaux préparatoires, car le projet primitif l'exigeait, mais la loi définitivement votée ne l'exige plus, c'est donc que la formalité est inutile.

Le privilège du vendeur sera inscrit au Greffe du Tribunal de Commerce dans lequel le fonds est situé. Si le fonds dépend d'une société, l'inscription doit être prise dans le ressort du siège social. S'il y a des succursales, l'inscription doit être prise éga-

lement au Greffe dans le ressort duquel est située chacune des succursales.

Malgré l'assiette fixe du fonds de commerce, il peut arriver que l'on se trouve exceptionnellement en présence de la vente d'un fonds ambulant. En pareil cas, l'on décide que l'inscription doit être prise au Greffe du Tribunal de Commerce dans lequel se trouve le domicile de l'acheteur, car c'est là qu'au moins d'une manière virtuelle, l'on peut dire que le fonds est situé.

Délai de l'inscription

L'inscription doit être prise dans le délai de quinzaine de la signature de l'acte. Il y a là une règle d'une extrême importance. Et, en effet, l'observation du délai est prescrite à peine de nullité; mais, ici, il convient de préciser, car le système n'est pas le même que celui du Code Civil, la rigueur est beaucoup plus grande que dans le droit civil. En effet, dans le droit civil la loi dit ceci, en général, lorsqu'elle fixe un délai au point de vue de l'inscription : de deux choses l'une, ou bien l'inscription a été prise dans le délai, et alors elle rétroagit, ou bien elle n'a pas été prise dans le délai, ce qui n'empêche pas qu'elle peut encore être prise après l'expiration du délai : mais alors le créancier ne pourra plus être colloqué qu'à la date de l'inscription. Au contraire, dans le système de la loi de 1909, si l'inscription n'a pas été prise dans le délai le privilège est perdu. Il y a là, comme on le voit, une règle qui s'écarte du droit commun; cela conduit à donner au système de la publicité du privilège du vendeur une physionomie à part, et il est permis de se demander s'il n'aurait pas été d'une solution législative préférable d'assimiler le fonds de commerce à un immeuble, de consi-

dérer simplement que le privilège du vendeur de fonds de commerce était le privilège d'un vendeur d'immeuble et de le soumettre finalement aux règles du droit commun.

Dans le cas de promesse de vente, le délai de quinzaine part du jour de la vente, et non pas du jour de la promesse; en effet, tant que la promesse n'a pas été réalisée la vente n'existe pas encore, c'est la doctrine constante.

Dans le cas de vente sous condition suspensive, le délai de quinzaine court du jour de la vente, et non pas du jour de l'arrivée de la condition; cela se comprend, puisque la condition accomplie rétroagit au jour de l'acte.

Des évènements qui arrêtent le cours de l'inscription.

Il y a des évènements qui arrêtent le cours de l'inscription et après lesquels l'inscription ne peut plus être prise valablement; cela montre l'analogie pour ne pas dire l'identité avec l'inscription hypothécaire, car en matière d'hypothèque également, il y a des évènements qui arrêtent le cours des inscriptions; ce sont : la faillite du débiteur, la liquidation judiciaire ou le décès du débiteur suivi de l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire. La loi adopte ici une solution qui paraît devoir être approuvée; elle décide, en effet, que si l'on est encore dans le délai de quinzaine l'inscription peut être prise malgré la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur, et c'est une solution que l'on étend, par analogie, au cas de décès suivi de l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire.

Il y a, au contraire, un autre évènement à propos duquel il y a des difficultés, et le législateur n'est pas intervenu pour les résoudre.

En matière hypothécaire l'événement qui arrête le cours des inscriptions, c'est la transcription de l'acte de vente consentie par le débiteur. Ainsi le débiteur avait grevé l'immeuble d'une hypothèque, mais cette hypothèque n'avait pas été publiée, le créancier hypothécaire ayant négligé de prendre l'inscription; or, il arrive qu'avant que l'inscription ait été prise, le débiteur vend l'immeuble; le créancier hypothécaire peut encore s'inscrire; mais si l'acquéreur a le soin de faire transcrire son titre à la conservation des hypothèques, à partir de ce moment, le créancier hypothécaire est forclos et il ne peut plus prendre utilement d'inscription sur l'immeuble.

Une question analogue se pose dans le cas où le commerçant a revendu le fonds de commerce, alors que le privilège du vendeur n'avait pas encore été inscrit. Il faut supposer, bien entendu, que l'on est encore dans le délai de quinzaine, car autrement le vendeur primitif ne pourrait plus s'inscrire; mais si l'on est encore dans le délai de quinzaine, le vendeur primitif peut-il encore prendre inscription malgré la revente ?

La question ne se pose pas de la même manière que pour le cas de vente d'un immeuble hypothéqué, et la différence résulte du fait qu'en matière de vente du fonds de commerce il n'y a pas de transcription.

La question sera résolue d'après les principes, et il nous paraît qu'à partir du moment où l'acte de revente a reçu date certaine, et même comme nous sommes en matière commerciale la date certaine peut être établie en l'absence d'enregistrement, le vendeur primitif ne peut plus s'inscrire valablement, car à partir de ce moment il est en présence d'un titre opposable par le dernier acheteur.

Cependant, une autre opinion est soutenue : on fait valoir que le délai de quinzaine rétroagit et que pendant ce délai il

prime les inscriptions qui auraient été prises du chef du premier acquéreur. Cela n'est pas douteux, c'est là l'effet propre et par là même spécial de la rétroactivité de l'inscription; mais si l'on se place sur le terrain d'une vente effectuée par le premier acquéreur, il y a une mutation du fonds qui empêche que l'inscription du vendeur primitif puisse intervenir d'un façon utile, les principes mêmes s'y opposent.

Voyons maintenant l'étendue et l'exercice du privilège ainsi inscrit. Nous avons supposé que le vendeur a voulu obtenir le maximum de garantie, qu'il a entendu se réserver le privilège à la fois sur les éléments incorporels, sur le matériel, et sur les marchandises, et que pour assurer la sauvegarde de son droit, il s'est conformé aux prescriptions de la loi : l'acte de vente renferme une division des éléments du fonds, et cette division a été reproduite dans les bordereaux. On peut dire que dans la circonstance, l'on se trouve en présence d'un triple privilège : il y a un privilège sur les éléments incorporels, qui garantit le prix du fonds proprement dit, il y a un privilège sur le matériel et un privilège sur les marchandises.

Lorsque la loi a été ainsi observée, il n'y aura pour ainsi dire pas de difficultés pratiques.

Il peut cependant survenir une fraude au moyen de laquelle un acquéreur de mauvaise foi chercherait à frustrer son vendeur; elle est signalée par M. CENDRIER, dans son étude intéressante sur le fonds de commerce, édition 1925, page 142.

Voici le cas qui est prévu :

« Un fonds a été vendu 90.000 francs, répartis de la façon
« suivante :

« Droits incorporels	30.000 fr.
« Mobilier et outillage	30.000 »
« Marchandises	30.000 »

« Pour simplifier l'exemple, on supposera que la totalité du
« prix est payable à terme; il y a eu des acomptes versés, impu-
« tables suivant les termes de la loi pour : 30.000 francs sur les
« marchandises, 10.000 francs sur le matériel.

« Par conséquent, il reste dû au vendeur 50.000 francs, dont
« 30.000 francs privilégiés sur le prix des droits incorporels.

« Le fonds est revendu au même prix, mais l'acquéreur dans
« cette revente établit ainsi la division du prix :

« Droits incorporels	15.000 fr.
« Matériel et outillage	30.000 »
« Marchandises	45.000 »

« Le vendeur, qui reste privilégié sur les droits incorporels
« pour 30.000 francs, ne peut toucher par privilège que 15.000
« francs, et pour le reliquat, soit les 15.000 autres, il vient au
« marc le franc avec les créanciers ordinaires. Un acquéreur de
« mauvaise foi peut donc spolier son cédant, et avantager à son
« détriment des créanciers ordinaires qui sont peut être des
« créanciers fictifs.

« Pour se défendre contre une répartition frauduleuse du
« prix global qui pourrait léser ses intérêts, le vendeur primi-
« tif peut se faire consentir dans l'acte de vente un nantisse-
« ment du fonds vendu, le privilège porte ainsi sans distinction
« sur les droits incorporels et sur l'outillage.

« En réalité, même ce moyen ne l'assure pas contre une exa-
« gération du chiffre des marchandises, sur lesquelles le privi-
« lège né du nantissement ne porte pas; mais, il y a peu de
« danger pour lui de voir enfler le prix de celles-ci, car dans
« l'inventaire exigé pour l'enregistrement de l'acte de revente se
« trouve pour le vendeur non payé un moyen de contrôle ».

De la modification ultérieure des éléments du Fonds.

Il peut y avoir ultérieurement des modifications dans la valeur des divers éléments du fonds, et il s'agit de savoir si ces modifications profitent ou ne profitent pas aux créanciers inscrits; il y a là une distinction à faire, et c'est le bon sens lui-même qui la fournit.

Toutes les fois que les éléments anciens eux-mêmes ont augmenté de valeur par suite d'une gestion plus habile ou de dépenses d'amélioration qui ont été faites sur ces éléments, par là même, le créancier inscrit bénéficie de la plus-value, car c'est son gage lui-même, tel qu'il était primitivement, qui a augmenté de valeur. L'on dit que la chose augmente de valeur pour le propriétaire ou le titulaire du droit réel. Par exemple, des réparations ont été faites aux machines, ou bien le matériel a été amélioré; le droit du créancier inscrit continue de porter sur toute la valeur du matériel ou des machines. Ou bien encore la quantité de marchandises qui se trouvait dans le magasin a augmenté par suite des variations incessantes qui se produisent dans l'élément marchandises; naturellement, le privilège porte sur la totalité des marchandises, même plus considérables que celles qui existaient primitivement; mais il va de soi que c'est la créance prix de vente des marchandises qui est seule ainsi garantie.

Voici maintenant une autre hypothèse : ce sont des éléments nouveaux qui ont été introduits dans le fonds de commerce, par exemple, il a été adjoint au fonds un brevet, ou bien il a été créé une succursale, ou bien même il a été établi dans le fonds une machine entièrement nouvelle et différente de la machine

primitivement existante, quoique de production similaire, le privilège du créancier inscrit ne porte pas sur ces éléments nouveaux et si la revente a lieu en bloc, il faudra faire une ventilation de manière à éliminer du prix de vente la plus-value représentée par le brevet, par la succursale, ou par la nouvelle machine, et le créancier inscrit ne pourra pas être colloqué par privilège sur cette plus-value.

Il y aurait une autre question à examiner, c'est celle de savoir ce qui se passe lorsque certains éléments du fonds de commerce et qui étaient grevés au privilège sont vendus d'une manière isolée, qu'il s'agisse du matériel ou des marchandises, ou encore d'éléments incorporels tels que le droit au bail, c'est une question qui sera examinée ultérieurement, car sa place est plus indiquée à propos de l'étude du droit de suite à laquelle est réservé le titre III du présent exposé.

Annexe à l'étude du Privilège.

De l'action résolutoire.

Il serait difficile d'étudier le privilège du vendeur sans parler en même temps de l'action résolutoire, car l'évolution législative de ces deux droits s'est trouvée étroitement liée, et les règles posées en matière de vente d'immeubles aboutissent à ce résultat que dans les cas où le privilège du vendeur d'immeuble est éteint, l'action résolutoire disparaît également, et cela va être un nouvel argument en faveur de l'assimilation du fonds de commerce à un immeuble, car nous allons voir, cette fois encore, que dans les cas où le privilège du vendeur disparaît, l'action résolutoire s'évanouit également.

L'action résolutoire est le droit accordé au vendeur de meu-

ble ou d'immeuble de faire résoudre le contrat de vente lorsque le prix n'est pas payé et de reprendre ainsi la chose vendue entre les mains de l'acquéreur. La résolution s'opère avec effet rétroactif, les droits réels consentis par l'acquéreur sont anéantis et, à plus forte raison, le vendeur reprend la chose en excluant toute action des créanciers chirographaires.

En principe, sous le rapport de l'action résolutoire, c'est le droit commun qui s'applique dans le cas de vente du fonds de commerce, et par là même, dans le cas de non paiement du prix, le créancier a droit à l'action résolutoire. Mais l'action résolutoire a été rendue étroitement solidaire du privilège, et cette solidarité se manifeste notamment sous les rapports suivants : pour que l'action résolutoire puisse prendre naissance, il faut, de même que pour le privilège, que la vente ait été constatée par un acte sous seing privé ou par un acte notarié; mais, en outre, et surtout pour que l'action résolutoire soit conservée, il faut que le privilège ait été inscrit dans la quinzaine de la signature de l'acte; il n'est pas nécessaire de prendre une inscription spéciale, mais il faut qu'une réserve d'action résolutoire ait été faite dans les bordereaux, et par là même dans l'inscription du privilège; il ne peut s'agir d'une réserve tacite, il faut que la réserve soit expresse; toutefois, la nécessité de la réserve ne doit être faite que dans l'inscription, il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite dans l'acte de vente.

Dans le cas où l'inscription du privilège serait nulle pour une cause quelconque, l'action résolutoire disparaîtrait également.

Il résulte de là que dans les cas où le privilège n'a pas été conservé, ou bien est éteint, l'action résolutoire ne peut être exercée à l'encontre des tiers; mais il y a des difficultés sur le sens qu'il convient de donner au mot « tiers ». Il n'y a pas de

doute que l'action résolutoire ne peut alors être exercée à l'encontre des créanciers privilégiés qui auraient pris inscription du chef de l'acquéreur, non plus qu'à l'encontre des sous-acquéreurs du fonds de commerce, mais il y a controverse en ce qui concerne les créanciers chirographaires de l'acheteur, et il semble qu'en vertu d'un commentaire particulier formulé au cours de travaux législatifs, il faille comprendre dans le mot tiers même les créanciers chirographaires, et que ceux-ci puissent se prévaloir de l'extinction de l'action résolutoire. Dans un rapport présenté à la Chambre en 1914, M. CORDELET s'exprimait ainsi :

« C'est avec intention que le législateur de la loi de 1909 en « empruntant ces dispositions à l'article 7 de la loi de 1855 n'a « pas ajouté, comme il est dit dans cet article 7, au préjudice « des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble, et qui se « sont conformés aux lois pour les conserver. Par le mot « tiers », il faut donc entendre non seulement les créanciers « privilégiés du chef de l'acquéreur, ou tous les sous-acquéreurs, « mais encore tous les créanciers ordinaires, tous ceux en un « mot qui luttent « *de damno vitando* ». Ainsi donc, la catégorie des tiers qui peuvent se prévaloir de l'extinction du privilège est très étendue, et il faut y comprendre non seulement les créanciers inscrits, mais aussi les créanciers chirographaires, et c'est ainsi que dans l'hypothèse de la faillite de l'acheteur, le syndic de la faillite pourrait, au nom de la masse, se prévaloir de la non-inscription des privilèges pour s'opposer à l'exercice de l'action résolutoire.

La résolution sera, suivant les cas, judiciaire ou bien amiable et conventionnelle.

Dans le cas de résolution judiciaire, le vendeur doit notifier la demande qu'il forme devant le Tribunal de Commerce aux

créanciers inscrits, et il est procédé à cette notification par acte d'huissier qui renferme la copie de l'assignation, la notification est faite au domicile élu dans l'inscription; il est à remarquer qu'il n'est pas nécessaire de mettre les créanciers en cause par voie d'assignation, la simple notification suffit. Le Tribunal ne peut statuer sur l'assignation du vendeur qu'après l'expiration d'un délai d'un mois au delà de la notification et cela réserve aux créanciers inscrits la faculté d'intervenir dans l'instance, de contester la demande formée par le vendeur, et, lorsque le Tribunal y a fait droit, de prendre part aux opérations ultérieures, et, en particulier, à l'expertise en vue du règlement des comptes entre le vendeur et l'acheteur.

La résolution amiable ou conventionnelle est celle qui résulte de l'accord intervenu entre le vendeur et l'acheteur; mais ici encore, il est nécessaire qu'une notification soit adressée aux créanciers inscrits, et la résolution amiable ne peut avoir lieu qu'un mois après cette notification. Et même si la convention originaire portait que la résolution aurait lieu de plein droit à défaut du paiement du prix à l'échéance, malgré cette clause, la résolution ne serait effective qu'un mois après la notification aux créanciers inscrits.

Il faut voir maintenant l'effet de la résolution, et il y a ici dans la loi de 1909 des règles particulières, mais qui ont été édictées précisément à raison de la nature du fonds de commerce, qui comporte des éléments divers : les éléments incorporels, le matériel et les marchandises. Il est inutile de rappeler que nous raisonnons toujours sur l'hypothèse où le vendeur avait entendu obtenir le maximum de garantie, et réserver le privilège sur les trois éléments en observant toutes les conditions prescrites par la loi.

La notion générale qui caractérise l'effet de la résolution,

c'est que celle-ci se produit d'une manière en quelque sorte globale, et c'est là une affirmation qui comprend des propositions diverses.

La résolution est globale, tout d'abord en ce sens qu'elle s'étend à tous les éléments du fonds de commerce, alors même que ceux-ci auraient subi une plus-value, même considérable depuis la vente. Par exemple, si l'outillage a été perfectionné, ou bien encore au point de vue du bail, si l'acheteur a étendu l'installation et peut-être même payé au bailleur un loyer plus élevé, la résolution s'étend néanmoins à tous ces éléments sous réserve d'indemnité comme il sera expliqué plus loin.

Mais si ce sont des éléments nouveaux qui ont été introduits dans le fonds de commerce, par exemple, si l'acheteur a créé une succursale ou bien acquis ou pris un brevet, il s'agit d'éléments qui ne figuraient pas dans le fonds à l'époque de la vente primitive et le vendeur n'est pas obligé de les reprendre.

La seconde proposition comprise dans le sens du mot global, c'est que la résolution s'applique même aux éléments sur lesquels son privilège est éteint. Il faut rappeler, en effet, que, par suite de l'observation des formalités de la loi, le prix était divisé et le privilège réparti sur les divers éléments du fonds, et si des acomptes ont été payés, il est possible que le privilège se soit éteint relativement à l'un des éléments. Néanmoins, la résolution est globale, et par là même elle s'étend à la totalité du fonds, même aux éléments pour lesquels le privilège est éteint; mais il y aura lieu à un règlement de compte, puisque le vendeur, par hypothèse, a reçu des acomptes.

Compte de reprise et compensation

C'est précisément ce règlement de compte qu'il y a lieu maintenant d'examiner, il crée, en effet, d'assez grandes complica-

tions. Il faut toujours rappeler le point de départ, c'est qu'il y a pour ainsi dire autant de privilèges qu'il y a d'éléments dans le fonds de commerce, groupés par catégories, et il y a une portion du prix qui est garantie par chacun de ces privilèges. Au point de vue du règlement de compte, la règle générale est que chacun de ces privilèges et chaque portion de prix constituent, en quelque sorte, un compartiment étanche et que les compensations s'opèrent dans l'intérieur de ce compartiment, sans qu'il y ait de communication avec les compartiments voisins. Un exemple concret fera mieux comprendre le sens de cette formule. Nous en empruntons les chiffres à l'ouvrage de M. CENDRIER, sur le fonds de commerce, édition 1925, p. 152, n° 249.

On peut supposer que le fonds de commerce avait été vendu pour une somme de 50.000 francs, et que, conformément aux prescriptions de la loi, la répartition avait été faite de la manière suivante :

Pour les droits incorporels	20.000 fr.
Pour le matériel	20.000 »
Pour les marchandises	10.000 »

Or, l'acquéreur avait payé un acompte de 15060 fr. qui avait été imputé d'abord sur les marchandises, et ensuite sur le matériel, ce qui fait que pour les marchandises l'acheteur s'est complètement libéré, et que pour le matériel il reste dû 20.000 francs, moins 5.000, soit 15.000 francs.

Lors de l'expertise, au moment de la résolution de la vente, les marchandises sont estimées à 6.000 francs; dès lors le vendeur, par l'effet même de la résolution, devient débiteur de l'acheteur d'une somme de 6.000 francs; il reprend les marchandises, mais il est débiteur de 6.000 francs.

En ce qui concerne le matériel, l'expertise ne lui reconnaît

plus qu'une valeur de 10.000 francs. Or, il reste dû sur le matériel une somme de 15.000 francs. Dès lors le vendeur reprend le matériel, mais en ce qui concerne le matériel, il reste créancier d'une somme de 5.000 francs.

On voit donc ce qui se passe : le vendeur est débiteur d'une somme de 6.000 francs pour les marchandises, et cette somme due par le vendeur devient le gage de tous les créanciers de l'acquéreur. En ce qui concerne les 5.000 francs qui lui restent dus sur le matériel, le vendeur se présente donc concurremment avec les simples créanciers chirographaires de l'acheteur.

Reste la question des éléments incorporels. La loi n'en prévoit pas l'estimation, et le vendeur pourra faire étendre à leur évaluation la mission des experts. Et pour compléter l'explication qui précède, si les droits incorporels étaient estimés 25.000 francs, l'acheteur deviendrait de ce fait débiteur de 5.000 francs, puisqu'à l'origine ils ne valaient que 20.000 francs, mais sans pouvoir faire la compensation pour cette somme, avec les compartiments voisins, et, par exemple, avec les 6.000 francs qui sont dus pour les marchandises.

Du cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur

Dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'acheteur, l'action résolutoire peut être intentée, pourvu que l'inscription du privilège ait été régulièrement prise; le vendeur peut alors récupérer le fonds de commerce à l'encontre de la faillite.

CHAPITRE II

Du cas où le vendeur a entendu se réserver le maximum de garanties, mais où les formalités n'ont pas été remplies conformément aux prescriptions de la loi.

Comme on l'a vu dans le chapitre précédent, les formalités prescrites sont multiples et compliquées et il peut arriver qu'elles n'aient pas été exactement observées; il faut donc voir ce qui va se passer en pareil cas. Nous supposons toujours que le vendeur a entendu obtenir le maximum de garanties, c'est-à-dire se réserver le privilège à la fois sur le matériel, les marchandises et les éléments incorporels, et, en somme, sur la totalité du fonds, seulement les formalités n'ont pas été observées.

Il y aura lieu d'examiner successivement deux hypothèses. Dans la première hypothèse la défaillance s'est produite lors de la vente ou de l'inscription, et dans la deuxième, elle a eu lieu au moment de la revente.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE

Les formalités n'ont pas été observées lors de la vente ou de l'inscription.

C'est l'hypothèse la plus intéressante, car elle est éminemment pratique. On se rappelle quelles sont les prescriptions de

la loi : il faut que dans l'acte de vente et dans l'inscription il y ait eu la division tripartite du prix, lequel a été divisé : une part pour le matériel, une part pour les marchandises et une pour les éléments incorporels. Que va-t-il se passer lorsque cette prescription n'a pas été observée ?

Pour bien apercevoir la sanction, il faut d'abord rechercher les motifs pour lesquels la loi prescrit de la sorte la division tripartite. C'est que cette solution, a expliqué M. CORDELET, dans le rapport supplémentaire, paraît à la fois la plus équitable et la plus juridique. La raison qui a déterminé le législateur, dit-il, a exigé cette division, est que : « cela revient à dire, et cela est équitable et juridique, que le matériel réparé ou partiellement réparé, n'est censé subrogé à l'ancien et les marchandises elles-mêmes ne sont censées subrogées à celles existantes lors de la première vente, que pour la valeur qui leur a été attribuée dans cette vente ». D'une manière plus précise, voilà par un exemple concret ce que cela signifie : le matériel avait été évalué à 20.000 francs, c'était effectivement ce qu'il valait au moment de la vente, et son prix de vente fixé au contrat. Or, par la suite, le matériel a été amélioré et il a par là même augmenté de valeur. Le privilège s'étend également à la plus-value produite par l'amélioration, mais ce privilège ne garantit que le prix initial de 20.000 francs, et, s'il y a une autre portion de prix qui représente, celle-là, des marchandises, le privilège pour le prix des marchandises ne peut pas être exercé sur la plus-value résultant du matériel. Et pour préciser davantage si l'acquéreur avait donné le fonds en nantissement à un créancier, c'est le privilège de ce créancier inscrit qui s'exercera sur la plus-value du matériel, après que le vendeur primitif aura été désintéressé pour les 20.000 francs qui représentent le prix de vente initial du matériel.

Des explications qui précèdent on peut déduire un principe d'interprétation d'une extrême importance : c'est qu'en effet, la division tripartite du prix présente tout son intérêt dans l'inscription, car c'est finalement dans l'intérêt des tiers que cette publicité est prescrite par la loi. Le tiers qui, traitant avec l'acquéreur, reçoit le fonds en garantie, constate d'un côté qu'il y a une forte plus-value sur le matériel, et, d'autre côté par l'inscription que le matériel ne garantit qu'une somme de 20.000 francs, et c'est à la suite de cette constatation qu'il fait les avances à l'acquéreur. C'est donc principalement en ce qui concerne l'inscription que la formalité prescrite par la loi présente le plus d'intérêt, et c'est ici que la sanction devra jouer avec une rigueur particulière, lorsque la formalité n'aura pas été observée.

Il est une seconde idée générale, qui est de nature également à inspirer certaines solutions, et cette idée nous est fournie par le texte même de la loi de 1909. Ce texte s'exprime ainsi : « le « privilège ne porte que sur les éléments du fonds énumérés « dans la vente et dans l'inscription, et, à défaut de désignation « précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au « bail, la clientèle et l'achalandage ». Il y a donc des cas où la sanction ne sera pas la nullité complète, mais une sorte de dégénérescence et d'amoindrissement du privilège qui se restreint à l'enseigne, au nom commercial, au droit au bail, à la clientèle et à l'achalandage.

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, et qui présentent un caractère impératif, précisément parce qu'elles révèlent que les formalités sont prescrites dans l'intérêt des tiers, il y a, enfin, en dehors de là, une troisième idée directrice qui doit s'appliquer, c'est le principe de l'autonomie de la volonté, et il y a lieu de faire le possible pour que l'intention des parties

soit respectée et que l'on donne à leurs droits l'étendue qu'elles ont voulu leur donner.

C'est en combinant entre elles ces diverses idées générales que nous obtiendrons la solution des difficultés, qui se présentent de la manière suivante :

PREMIÈRE CATÉGORIE DE CAS

La division tripartite n'a été observée ni dans la vente ni dans l'inscription

C'est la situation la plus défavorable au privilège du vendeur, et c'est le cas où ce privilège va subir le maximum de réduction.

Peut-être même faut-il aller plus loin. La jurisprudence dans un arrêt récent de la Cour de Paris du 2 novembre 1923, rapporté au Dalloz hebdomadaire 1924, page 13, a admis en pareil cas la nullité complète de l'inscription.

Voici le commentaire que M. CENDRIER donne de cet arrêt (op. cit. n° 220 bis, page 507) : « La Cour de Paris, s'appuyant « surtout sur l'article 24, qui édicte impérativement que le « bordereau d'inscription devait contenir la répartition tri-
« partite du prix de vente, déclarait cette formalité substan-
« tielle, et annulait une inscription où cette division n'avait pas
« été réalisée... En droit, la Cour donne à l'alinéa 2 de l'article
« premier une interprétation nouvelle : dans l'opinion que
« nous soutenions avec d'autres auteurs, ce paragraphe qui
« décide que le privilège du vendeur ne porte, à défaut de
« désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commer-
« cial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, signifiait
« qu'à défaut d'énumération des meubles corporels et des
« marchandises, le privilège se trouvait *restreint* aux droits
« incorporels qu'on retrouve ordinairement dans tous les fonds.

« La Cour de Paris en donne une autre explication : « Cette disposition, dit-elle, n'a manifestement d'autre but que de déterminer en quoi consistent les éléments incorporels du fonds, sur lesquels, à défaut de précision dans l'acte de vente, doit porter le privilège du vendeur ». Ainsi, l'absence de désignation, d'après la Cour de Paris n'aurait, pour effet, que de faire porter le privilège sur les éléments incorporels ordinaires, et la désignation au contraire ne pourrait augmenter le gage que sur les autres éléments incorporels exceptionnels et non énumérés dans l'article premier, *mais il faudrait* que les deux autres catégories soient toujours grevées. La Cour alors justifie cette interprétation par l'analogie avec l'alinéa 3 de l'article 9 sur le privilège du nantissement.

En somme, toute la difficulté porte sur l'interprétation de l'article premier, alinéa 2 de la loi de 1909, et, d'après la Cour de Paris, cet aliéna signifierait simplement ceci : le privilège doit toujours porter sur les trois éléments, mais lorsque les éléments incorporels n'ont pas été suffisamment précisés, il ne porte en ce qui concerne les éléments incorporels que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Empressons-nous de dire que cette interprétation ne nous paraît pas la plus exacte, et que, sur ce point, c'est l'opinion de M. CENDRIER qui nous paraît préférable. La pensée de la loi paraît avoir été la suivante : c'est que les parties qui ont entendu réserver au vendeur le maximum de garanties doivent opérer la division tripartite du prix en indiquant les éléments sur lesquels portent chacun des trois privilèges; mais si les parties ne se sont pas conformées aux prescriptions de la loi, alors on voit se produire la dégénérescence dont nous parlions tout à l'heure, le privilège se restreint de plein droit, et il ne

porte plus que sur les éléments incorporels dont nous venons de donner l'énumération.

Ce qui nous incline vers cette solution, c'est que les droits des tiers seront sauvegardés, et que la publicité sera néanmoins suffisante, car ils sont réputés connaître la loi de 1909 et par interprétation de cette loi, ils savent que dans le cas d'indications insuffisantes fournies par l'acte de vente et l'inscription, le privilège porte au moins sur les éléments incorporels énumérés par la loi, à savoir l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Un jugement du Tribunal de Commerce de Marseille, du 31 mars 1922 (*Gazette du Palais*, 29 août 1922) paraît statuer en ce sens, car il décide que le défaut de désignation a simplement pour effet de restreindre le privilège aux éléments incorporels, et, s'il y a difficulté quant à l'estimation de la valeur de ces éléments incorporels, estimation qu'il faut connaître pour permettre le fonctionnement du privilège, le juge peut lui-même ou par expert, procéder aux estimations. M. CENDRIER (op. cit., p. 137 n° 220) s'exprime à ce propos avec une parfaite précision : « L'omission n'entraîne donc pas la nullité du privilège, « elle a seulement pour effet de le restreindre et comme il ne « garantit dans ce cas que les éléments incorporels, il ne peut « s'exercer que sur la somme représentative de ces mêmes éléments; il en résulte que sur le matériel et sur les marchandises, le vendeur ne vient que comme simple créancier ordinaire ».

DEUXIÈME CATÉGORIE DE CAS

*La division tripartite n'a pas été portée dans l'acte de vente,
n'a pas été portée dans l'inscription*

C'est une hypothèse qui se ramène à la précédente, car dans

ce cas également, les tiers n'ont pas été informés, mais ils ont dû penser que le privilège se trouvait alors restreint au minimum prévu par la loi de 1909, c'est-à-dire que le privilège ne portait que sur les éléments incorporels, et ne garantissait que la partie du prix qui devait être considérée, au besoin après expertise, comme représentant la vente des éléments incorporels.

TROISIÈME CATÉGORIE DE CAS

La division tripartite n'a pas été portée dans l'acte de vente, mais elle a été portée dans l'inscription

Cette hypothèse diffère de la précédente en ce sens que l'inscription a été de nature à renseigner les tiers d'une manière aussi précise que possible, et, d'autre part, en ce qui concerne l'acte de vente, comme il n'y a pas eu d'indications précises de fournies, il convient de penser que la garantie n'a été réservée que pour le minimum prévu par la loi de 1909, et dès lors dans ce cas encore, le privilège ne pourra être exercé que dans la mesure de ce minimum.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE

Les énonciations portées dans l'acte de revente ne renferment pas d'indication d'une précision suffisante

Dans cette deuxième hypothèse, il faut supposer que toutes les formalités prescrites par la loi pour la conservation du privilège ont été observées; qu'en particulier, l'acte de vente renferme la division tripartite du prix, que de même l'inscription renferme également la même division, que toutes les indications sont fournies et la loi va s'appliquer sans difficulté; mais,

il est arrivé ceci : c'est que lors de la revente, le vendeur n'a porté dans l'acte qu'un prix global. C'est une hypothèse qui peut se présenter assez fréquemment, en particulier, dans le cas où la revente a lieu au comptant mais cette indication globale gêne le fonctionnement de la loi de 1909 en ce qui concerne le privilège. Il y aura cependant un remède : il faudra procéder à une ventilation pour savoir la manière dont le privilège doit s'exercer, l'expertise sera facile parce que la comptabilité existe, et parce que les éléments préliminaires ont été fournis dans l'acte de vente et dans l'inscription.

CHAPITRE III

Du cas où le vendeur n'a pas réservé le privilège dans son étendue maxima.

C'est un cas qui ne présente pas de difficultés sérieuses. Il faut supposer que les parties, au lieu de réserver le privilège dans toute son étendue, ne l'ont réservé que relativement à certains éléments. Il y a lieu de reconnaître, ici, aux parties, la faculté de procéder comme bon leur semble, et l'on ne voit pas pourquoi elles ne pourraient pas ne faire porter le privilège que sur certains éléments au lieu de le faire porter sur l'ensemble des éléments. Mais en pareil cas, il faudra indiquer d'une manière précise les éléments sur lesquels porte le privilège, et déterminer la portion du prix garantie par ces éléments; lorsque ces calculs auront été faits et ces indications fournies, il suffira d'appliquer les règles précédentes, cela ira sans difficulté. Mais s'il n'y avait pas eu d'estimation particulière, on se trouverait alors en présence de cas analogues à ceux qui ont été précédemment étudiés, et il y aurait lieu de statuer de la même manière.

CHAPITRE IV

Appréciation critique relative aux prescriptions de la loi de 1909, sur le privilège du vendeur.

Les dispositions de la loi de 1909 pourraient être considérées comme excellentes, mais à une double condition : c'est que tous les actes de vente de fonds de commerce soient rédigés par des juristes consommés, et parfaitement au courant des dispositions de la loi de 1909, et il faudrait, en outre, que, lors de la rédaction, il ne se soit pas produit de ces fautes d'attention même légères, qui peuvent aisément survenir lors de l'établissement d'un acte. Il ne paraît guère alors contestable que le système fonctionnerait d'une manière satisfaisante.

Mais ce n'est point, en général, le cas et alors il faut signaler la défectuosité manifeste de la loi de 1909 : c'est qu'elle ne donne pas satisfaction aux besoins de la pratique, elle est beaucoup trop minutieuse et beaucoup trop détaillée et, au milieu de toutes ces prescriptions multiples, le juriste qui n'a pas une culture préliminaire suffisante, court le risque de s'égarer; il en résulte des complications extraordinaires, et une confusion qui met à la fois les parties intéressées, les intermédiaires, les plaideurs et les tribunaux, dans le plus complet embarras.

Du reste, du moment que le rédacteur de la loi prenait le parti de vouloir tout réglementer, il aurait été nécessaire qu'il aille jusqu'au bout de ce système, et sous ce rapport, la rédac-

tion de l'alinéa 2 de l'article premier est certainement insuffisante, car pour n'avoir pas apporté assez de précision, il est difficile de savoir au juste ce que les rédacteurs de la loi ont entendu dire.

Peut-être aurait-il été préférable de donner pour l'ensemble même de la rédaction, des détails beaucoup moins minutieux, de ne fixer que les grandes lignes, de ne fournir que des directives, et s'en rapporter pour le reste à l'interprétation des commentateurs; c'est le système qui paraît avoir été suivi par les rédacteurs du Code Civil, et il ne semble pas que ce système ait donné à l'épreuve de mauvais résultats, bien au contraire.

DEUXIÈME SECTION

Du privilège du vendeur qui a reçu le fonds en garantie.

Nous avons précédemment étudié le privilège du vendeur. Il faut voir maintenant ce qui concerne le nantissement, c'est-à-dire le cas où le commerçant qui, par exemple, reçoit des avances, attribue en garantie au créancier le fonds de commerce.

Nous n'avons à nous préoccuper ici que des conditions requises pour que le privilège du créancier puisse, en pareil cas, prendre naissance; mais les explications précédemment fournies à propos du privilège du vendeur permettront d'abréger les explications.

En effet, la loi de 1909 exige pour le privilège du créancier les mêmes conditions que pour le privilège du vendeur. Il faut :

- 1° La rédaction d'un acte sous seing privé ou notarié;
- 2° Le dépôt au greffe d'une expédition de l'acte s'il est notarié, et d'un exemplaire s'il est sous seing privé;
- 3° L'inscription du privilège sur un registre au Greffe du Tribunal de Commerce de la situation du fonds dans la quinzaine de la signature de l'acte au moyen de deux bordereaux.

Il faut également renvoyer à ce qui a été exposé précédemment à propos du privilège du vendeur en ce qui concerne les prescriptions de détail relatives à ces diverses formalités, et par exemple quant à rédaction des actes, quant au dépôt au

Greffe, et quant aux mentions contenues dans les bordereaux, etc., etc.

Evénements qui arrêtent le cours des inscriptions

En ce qui concerne ces événements, il y a des règles qui ne sont pas les mêmes que pour le privilège du vendeur. La loi est beaucoup plus facile ici pour l'arrêt du cours des inscriptions : la faillite et la liquidation judiciaire empêchent l'inscription du nantissement, alors que le délai de quinzaine ne serait pas encore expiré. Et bien que la loi n'en ait rien dit, il semble qu'il y a lieu d'appliquer la même solution dans le cas de décès du débiteur suivi d'une acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire.

La loi n'a rien dit en ce qui concerne la revente, mais il nous paraît que, par un argument *a fortiori*, la revente doit empêcher également de prendre inscription, alors même que le délai de quinzaine ne serait pas accompli.

Cependant, l'opinion contraire est soutenue à raison même du silence de la loi, et quoique l'argumentation paraisse assez faible, il n'est pas sans intérêt de l'exposer parce qu'elle met en jeu des controverses juridiques.

Cette argumentation est présentée par M. CENDRIER (op. cit. n° 310, p. 190) et voici les motifs qu'il fait valoir pour soutenir que l'inscription peut encore être prise, malgré la revente, du moment que l'on est encore dans le délai de quinzaine.

Premier argument. — « Pour le nantissement, dit M. CENDRIER, l'analogie qu'on crée sur ce point entre le régime hypothécaire et la loi de 1909 n'existe pas : 1° cette loi n'a pas organisé pour les actes de vente de fonds de commerce une transcription semblable à celle des actes immobiliers, par suite, il n'y a pas de point de départ exact à l'arrêt des inscriptions ».

Essai de réfutation. — Cet argument ne nous paraît pas probant et voici pourquoi : c'est que du moment que l'acte n'est pas soumis à la formalité de publicité par voie de transcription, il en résulte qu'il produit effet à l'égard des tiers et par là même à l'égard du créancier, qui n'a pas publié son droit, au moment précis où il a acquis date certaine, c'est-à-dire en matière commerciale, au moment même de la vente, la vente étant opposable aux tiers et produisant son effet indépendamment de toute transcription.

Deuxième argument. — Voici le deuxième argument présenté par M. CENDRIER : 2° En matière hypothécaire aucun « délai n'a été fixé pour prendre l'inscription après l'acte « notarié constitutif.

« Le créancier peut, à ses risques et périls, tarder à la « prendre, quitte à être primé par des hypothèques consenties « postérieurement, mais inscrites avec plus de diligence.

« On comprend alors que la loi hypothécaire pour fixer définitivement la propriété sur la tête de l'acquéreur, ait arrêté « le cours des inscriptions nées du chef du vendeur, afin de « ne point laisser l'acquéreur sous le coup d'éviction possible.

« Au contraire, en matière de fonds de commerce, l'inscription peut n'être prise que quinze jours après l'acte de dation « de nantissement le nouvel acquéreur n'a donc pas à redouter « ces incertitudes, car pendant ce temps les formalités obligatoires de publicité ne sont pas remplies, et le prix reste entre « ses mains.

« Il faut, en effet, supposer pour que cette question puisse « se poser, que l'acte de nantissement ait été passé quinze « jours au maximum avant la vente, ou au minimum à la « veille de celle-ci. Cette hypothèse est, du reste, peu pratique, « car un nantissement constitué de cette façon devient suspect

« et serait la plupart du temps attaqué suivant l'article 1167 du Code civil. Mais en admettant un concours de circonstances, « il faut un texte spécial de la loi pour arrêter la prise de l'inscription; dans son silence, on ne peut qu'appliquer son propre système de délais ».

Essai de réfutation. — L'argument est clair et bien présenté, mais il revient en somme à dire ceci : c'est qu'il y a lieu de laisser le créancier s'inscrire, parce qu'au point de vue pratique, cela ne présentera pas d'inconvénient pour l'acquéreur, étant donné qu'il ne peut s'inscrire que pendant quinze jours, à compter de l'acte constitutif du privilège, et que ce délai sera très rapidement périmé. C'est un argument qui a de la valeur au point de vue pratique, mais qui, dans le silence de la loi, nous paraît dépourvu de toute portée décisive. Il aurait peut-être été préférable, en effet, et même il l'aurait été certainement, que le créancier put encore s'inscrire pendant le délai de quinzaine malgré toute revente; mais, du moment que la loi ne le dit pas, c'est une solution qui se heurte aux principes et doit par là même, être écartée.

Etendue du privilège du créancier inscrit au point de vue de l'objet

La loi de 1909 établit un régime tout à fait spécial et exorbitant du droit commun. En ce qui concerne les objets qui peuvent être grevés du privilège du créancier, la loi est extrêmement restrictive. D'après l'article 9, alinéa 2, ce sont : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel, l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels

et généralement les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés.

L'énumération comprend l'outillage ou le mobilier commercial, et il faut faire rentrer dans ces termes même le mobilier qui ne demeure pas sans cesse dans la demeure du commerçant, et, par exemple, il y a des commerçants qui font profession de louer au dehors certains ustensiles, tels que des futailles, des sacs, du matériel pour soirées ou dîners : tous ces divers objets distinctement peuvent être grevés du privilège du créancier inscrit.

Une question plus délicate est celle de savoir si le mobilier commercial ou matériel est atteint par le privilège, lorsqu'il n'appartenait pas au commerçant au moment de l'affectation, ou lorsque le commerçant en est devenu propriétaire par la suite. Les auteurs qui voient dans le privilège du créancier inscrit un nantissement, réalisé au moyen de l'inscription, font jouer en la circonstance l'article 2279 du Code Civil et dès lors, suivant une distinction classique, ces différents objets seront grevés du privilège toutes les fois que le créancier inscrit aura été de bonne foi, c'est-à-dire aura ignoré, au moment de l'établissement du gage, que le commerçant n'en était pas propriétaire. Mais c'est une manière de voir que nous avons écartée en manifestant, au contraire, une tendance à assimiler le droit du créancier inscrit au droit du créancier hypothécaire. Dès lors, le problème se transforme, il y a en réalité hypothèque de la chose d'autrui, même lorsque le créancier inscrit a été de bonne foi, et dès lors, il faut décider que le privilège n'a pas été régulièrement constitué.

Tels sont donc les objets qui peuvent être grevés du privilège du créancier mais à l'inverse, il faut exclure les objets qui

ne sont pas compris dans l'énumération de la loi; il faut donc exclure les objets suivants :

1° Les livres de commerce;

2° Les marchandises.

C'est à propos des marchandises et de leur exclusion que nous avons pu dire tout à l'heure que l'énumération de la loi était assez restrictive, car elle met à l'écart de la garantie un élément du fonds de commerce qui peut être particulièrement important. Et à vrai dire, on ne voit pas clairement la raison de cette exclusion, car s'il est vrai que les marchandises peuvent disparaître assez facilement, il vaut peut-être mieux pour le créancier avoir néanmoins cette apparence de garantie que de ne rien avoir du tout. Mais il est peut-être plus vraisemblable que le législateur a craint le cas du débiteur qui aurait donné de la sorte des marchandises en garantie et qui, ayant toujours les marchandises en sa possession, conserverait cependant par leur intermédiaire, un crédit imaginaire dans ses rapports avec les autres créanciers. Mais à cela même il y a une réponse : puisque le privilège doit être rendu public au moyen d'une inscription, les créanciers qui traitent avec le débiteur n'ont qu'à se renseigner au greffe du Tribunal de Commerce pour voir si les marchandises n'ont pas déjà fait l'objet d'une garantie particulière.

Au surplus, le texte de la loi n'empêche assurément pas d'affecter les marchandises en garantie dans les termes du droit commun; mais il faut alors une dépossession du commerçant, ce qui présente, évidemment, des inconvénients sérieux, et même presque un empêchement, car il faut que le commerçant conserve les marchandises chez lui. Il est vrai que la pratique a imaginé un subterfuge qui permet la mise en gage en quelque sorte sans déplacement. Il est, en effet, entré dans l'usage que

le commerçant peut isoler dans son magasin une certaine quantité de marchandises, à la condition d'avoir placé à l'entrée de la pièce où ces marchandises sont en dépôt, un écriteau faisant connaître que les marchandises en question sont données en gage à une personne déterminée. L'on considère que le nantissement portant sur ces marchandises est valable; le vœu de la loi est, en effet, satisfait; cet isolement des marchandises constitue une sorte de dépossession, publicité qui suffit à prévenir les tiers qui traitent avec le débiteur, et empêche le débiteur de se procurer, au moyen de ces marchandises, un crédit qui serait illusoire.

Quoi qu'il en soit, les marchandises ne peuvent pas être affectées à la garantie dans les termes de la loi de 1909. Mais il y a parfois des difficultés lorsqu'il s'agit de savoir ce que l'on entend au juste par marchandises. Il peut arriver, en effet, qu'il y ait dans l'établissement des produits destinés à être manufacturés, et qu'il y ait d'autre part des approvisionnements, tels que des huiles, du pétrole, du charbon, des fils de fer, qui servent précisément aux travaux de transformation. Il ne faut ranger dans la catégorie des marchandises que les produits destinés à être vendus après transformation. Quant aux matériaux de réserve, qui servent précisément pour l'industrialisation des produits, et qui ne sont pas destinés à être vendus, mais utilisés et consommés sur place, ce ne sont pas des marchandises.

3° Il y a lieu d'exclure du nantissement les créances et les marchés à livrer.

4° Les loyers qui auraient été payés d'avance au propriétaire, sont également exclus du nantissement.

5° N'est pas davantage compris dans le nantissement le mobilier personnel du débiteur. C'est précisément pour l'exclure que la loi emploie les termes de mobilier commercial;

c'est une différence avec la vente, car dans le cas de vente, le mobilier personnel est parfois cédé en même temps que le mobilier commercial, et dès lors le privilège du vendeur porte sur tous les meubles.

*De la question de savoir si les immeubles par destination
peuvent être compris dans le nantissement*

D'une manière plus précise, la question se pose de la façon suivante : il peut y avoir des objets mobiliers, qui ne sont pas devenus immeubles par destination, et ces objets peuvent évidemment, être compris dans le nantissement; mais certains autres objets, à raison même de leur affectation au service de l'immeuble, ont pris le caractère d'immeubles par destination, et alors on peut se demander si ces objets peuvent être compris dans le nantissement. La question se pose, en particulier, pour l'outillage et les machines nécessaires à une exploitation.

La Cour de Cassation a adopté en la matière des opinions assez nettement tranchées, et le raisonnement qu'elle tient est le suivant : les meubles et l'outillage sont devenus immeubles par destination; ils sont rattachés à l'immeuble, et dès lors, ils ne peuvent, à aucun moment, avoir été compris par le propriétaire du fonds de commerce dans le nantissement. Il résulte de cette jurisprudence de la Cour de Cassation qu'il ne peut jamais y avoir de conflit entre le créancier qui a reçu le fonds de commerce en garantie et les créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble. Il y a là deux domaines distincts, et ce qui est le gage de l'un ne peut être le gage de l'autre (Requête, 20 janvier 1913, *Gaz. des Trib.*, 1913, I. 164.).

Cette opinion est critiquée par M. CENDRIER. (Le fonds de

commerce n° 76, page 33 : « Le problème est-il bien posé par
« la Cour de Cassation ? Par l'inscription au greffe du Tri-
« bunal de Commerce, le propriétaire n'a-t-il pas voulu faire
« cesser l'immobilisation ? C'est là, à notre avis, où réside la
« solution de la question. Il est établi sans contestation que
« l'immobilisation ne rend point indisponible entre les mains
« du propriétaire, les objets devenus immeubles, qui sont
« attachés à l'immeuble pour son exploitation ; c'est ainsi qu'il
« peut les vendre ; il peut aussi les donner en gage ordinaire, à
« la condition de mettre en possession le créancier gagiste. On
« retrouve, en effet, dans cette opération, les deux conditions
« qui font cesser l'immobilisation : la volonté du propriétaire
« et le déplacement des objets. L'opération de la mise en gage,
« permise au propriétaire pour un meuble corporel, lui est-elle
« interdite lorsque ces meubles rentrent dans l'universalité d'un
« fonds de commerce ? Pour la mise en gage des fonds de com-
« merce, les Cours d'Appel se contentaient d'une dépossession
« symbolique (signification au propriétaire et remise au créan-
« cier nanti du contrat d'acquisition), et la loi de 1898 avait rem-
« placé ces conditions par l'inscription au Greffe du Tribunal de
« Commerce du privilège du créancier nanti. Un arrêt de la
« Cour de Rouen du 3 mai 1924 dit implicitement que l'inscrip-
« tion au greffe vaut comme une mise en possession du créan-
« cier. La loi de 1909 après la loi de 1898 a donc remplacé la
« mise en possession du débiteur par l'inscription au greffe. On
« peut donc, sans crainte de se tromper, établir l'équation sui-
« vante : l'inscription prise au greffe par le créancier nanti
« équivaut et est égale au déplacement des objets mobiliers.
« Par conséquent, on retrouve dans la dation en nantissement
« suivie d'inscription au greffe d'objets mobiliers, devenus
« immeubles par destination, les deux conditions qui font ces-

« ser l'immobilisation : la volonté du propriétaire et la dépossession ».

Tout ce raisonnement est fort bien conduit, et c'est précisément pour cela que nous l'avons reproduit d'une manière complète, et il nous paraît décisif. Toutefois, il serait nécessaire d'y ajouter une sorte de variante puisque dans le système que nous avons proposé la notion de nantissement se trouve écartée, et que nous assimilons le fonds de commerce à un immeuble et le droit du créancier inscrit à une hypothèque sur un immeuble. Avec ce système, nous prendrions pour point de départ l'examen de la notion même d'immobilisation. Il s'agit là d'une théorie suspecte au point de vue juridique, et la critique en a été faite d'une manière qui paraît décisive par M. PLANIOL, qui propose de supprimer la notion d'immobilisation et de la remplacer par la théorie de l'accessoire. D'après l'opinion de M. PLANIOL, on serait allé trop loin en portant jusqu'à l'immobilisation l'effet du rattachement à l'immeuble, et il suffirait de faire fonctionner la théorie de l'accessoire en décidant que le meuble rattaché à un immeuble, parce qu'il est affecté au service de cet immeuble, suivra d'une manière générale le sort de l'immeuble (voyez PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, tome I, n° 2213), et il est permis de prévoir que s'il y avait une révision du Code Civil, c'est probablement cette théorie de l'accessoire qui serait adoptée.

A supposer une révision de ce genre, voici quel serait le système qui pourrait être suivi dans l'opinion qui nous occupe : Si l'immeuble a été hypothéqué, le meuble, qui est devenu immeuble par destination, suivra désormais le sort de l'immeuble, il y est rattaché définitivement. Au contraire, si, avant que l'immeuble ait été hypothéqué, le fonds de commerce a fait lui-même l'objet d'une affectation en garantie, il est permis de

considérer l'immeuble par destination comme un accessoire du fonds de commerce, et il est grevé de l'hypothèque consentie au créancier sur le fonds de commerce.

Même alors que ce travail de révision du Code Civil n'a pas été accompli, il y aurait lieu d'adopter, dès maintenant, la même solution au moyen du raisonnement suivant : Si l'on considère le fonds de commerce comme un immeuble, il n'y a pas de raison pour que l'on ne considère pas l'immeuble par destination comme se rattachant au service du fonds de commerce, aussi bien qu'au service de l'immeuble, et dès lors la mise en garantie du fonds de commerce devrait comprendre dans le gage même l'immeuble par destination.

L'immeuble peut-il être compris dans l'affectation en garantie du fonds de commerce ?

On a vu, du reste, se présenter une question voisine de la précédente, question, qui, au premier abord, paraît dépasser toutes les bornes imaginables, et qui, cependant, à la réflexion, ne paraît pas si extraordinaire que cela pouvait sembler. On s'est demandé s'il n'y a pas lieu, lorsque le propriétaire du fonds de commerce est en même temps propriétaire de l'immeuble, de considérer l'immeuble comme l'accessoire du fonds de commerce dans des conditions telles que l'immeuble pourrait être affecté en garantie en même temps que le fonds.

La Cour de Montpellier, dans un arrêt du 25 novembre 1897, avait paru devoir admettre cette solution, puisqu'elle déclarait dans cet arrêt « que les immeubles peuvent être considérés « comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu'ils se « confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, et qu'il en est ainsi notamment des immeubles compris

« dans un fonds de commerce ». Ainsi, la Cour prétend qu'un immeuble peut être ameubli. La Cour de Pau va moins loin : elle considère simplement que l'immeuble peut être affecté en garantie, comme accessoire du fonds, c'est ainsi qu'elle a pris parti pour cette mise en garantie à propos de la construction élevée par le locataire commerçant pour le service de son commerce (Pau, 6 novembre 1911, D. P., 1912, 2.375).

C'est l'opinion de la Cour de Pau qui nous paraît de beaucoup préférable. C'est, en effet, la notion de l'accessoire qui doit intervenir ici, et c'est parce que l'immeuble est devenu l'accessoire du fonds de commerce qu'il peut être mis en garantie en même temps que le fonds de commerce. Mais à quoi bon aller chercher plus loin, comme le fait la Cour de Montpellier, et vouloir prétendre que l'immeuble est devenu un meuble ? C'est tomber dans l'erreur que relevait tout à l'heure M. PLANIOL, dans le passage que nous avons cité.

Seulement, pour admettre qu'il y a accessoire, il faut être bien sûr qu'il y a accessoire, et il serait peut-être exact de n'admettre que l'immeuble est l'accessoire du fonds de commerce que dans le cas où l'immeuble est spécialement aménagé pour servir au commerce dont il s'agit. C'est ainsi qu'un établissement de bains, où tout l'ensemble est spécialement approprié, pourrait être considéré comme l'accessoire du fonds de commerce proprement dit. On pourrait faire le même raisonnement pour un hôtel spécialement aménagé en vue de l'emploi auquel il sert; mais s'il n'y a pas de la sorte de rapport d'interdépendance entre l'immeuble et le fonds, et si le même commerce pouvait être exercé dans n'importe quel autre immeuble sans aménagement spécial de l'immeuble, il y aurait lieu d'écarter alors la notion de l'accessoire; l'immeuble reprend son individualité et son entité particulière, il est voisin du fonds de commerce, mais

il n'est pas dans sa dépendance, et dès lors, il semble que la notion de l'accessoire ne doive pas pouvoir s'appliquer.

Il résulte des explications qui précèdent que, dans certains cas, l'immeuble peut être donné en garantie accessoirement avec le fonds de commerce. Mais alors se pose une autre question, et sur ce point-là, il n'y a plus d'hésitation possible : toutes les fois que l'immeuble est de la sorte donné en garantie, il faudra que le créancier se conforme aux règles du régime hypothécaire, il faudra qu'il prenne inscription sur l'immeuble, et de même cette mise en garantie de l'immeuble ne pourra être faite que par un acte authentique. Ces dernières observations permettent de constater qu'en creusant un peu la question, elle perd pour ainsi dire tout intérêt; on arrive au même résultat que si l'on décidait que l'immeuble n'est jamais un accessoire, car même alors il pourrait être hypothéqué. Cependant, en droit, il faut prendre garde aux principes, et peut-être la multiplicité des espèces pourrait-elle faire paraître des cas où il y aurait intérêt à constater que l'immeuble peut être donné en garantie accessoirement au fonds de commerce. On peut se demander, par exemple, si cette mise en garantie, avec la simple inscription au greffe du Tribunal de Commerce, ne suffirait pas à écarter les créanciers chirographaires du débiteur.

De la mise en garantie des brevets, marques, droits de propriété industrielle

Les brevets, les marques, les droits de propriété industrielle, peuvent être assurément compris dans la mise en garantie du fonds de commerce, et alors ils seront naturellement englobée dans les formalités qui accompagnent la mise en garantie du fonds; il faudra, en particulier, qu'ils soient mentionnés d'une

manière expresse dans l'acte et dans les bordereaux; mais, il y a une formalité particulière, qui rappelle ce que nous venons de dire à propos de l'immeuble hypothéqué accessoirement au fonds : il faudra que l'inscription prise au greffe du Tribunal de Commerce soit également prise à l'office de la propriété industrielle dans la quinzaine qui suit l'inscription. L'exigence de cette formalité aura une conséquence particulière : c'est que tous les brevets, marques de fabrique, droits de propriété industrielle, qui viendraient s'ajouter ultérieurement au fonds postérieurement à la prise de cette inscription spéciale, ne seront pas compris dans la garantie.

De la mise en garantie des succursales

Les succursales du fonds de commerce peuvent également être comprises dans la garantie, mais il faut certaines conditions : il faut que l'acte constitutif ait soin de préciser le siège social et d'indiquer avec détails la succursale, en faisant connaître notamment la localité où elle est située; il faudra, en outre, que l'inscription particulière soit prise au greffe du Tribunal de Commerce dans le ressort duquel la succursale est située, avec dépôt de l'acte sous seing privé ou représentation de l'expédition de l'acte authentique.

Ces notions fournies, nous arrivons à une question annexe de celle qui précède, mais d'un caractère particulier : c'est la distinction des éléments obligatoirement donnés en garantie et des éléments facultativement donnés en garantie. Cette distinction est facile à comprendre, sinon à justifier. Parmi les éléments compris dans la garantie, il y en a qui ne peuvent pas ne pas y être compris et pour lesquels la mise en garantie est obligatoire; il y en a d'autres au contraire, dont la mise en garantie est sim-

plement facultative. Quels sont les uns et les autres de ces divers éléments ?

Eléments obligatoirement compris dans la garantie

Ces éléments sont énumérés par la loi; ce sont les éléments incorporels, qui se trouvent ordinairement dans les fonds : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage. Ces éléments constituent la partie véritablement caractéristique du fonds de commerce, et c'est pourquoi la loi exige qu'ils soient obligatoirement compris dans la garantie.

Du principe ainsi posé résulte une double conséquence :

Il en résulte, tout d'abord, que si les parties n'ont pas précisé l'étendue de la garantie, la formule de la loi supplée à leur silence, et il est facile de connaître les objets grevés, ce sont précisément les éléments incorporels que nous venons d'énumérer.

Mais il faut aller plus loin, et c'est une autre conséquence : si les parties ont énuméré dans l'acte d'autres éléments que les éléments incorporels sus-mentionnés et n'ont pas précisément énuméré ces éléments incorporels, en quoi faisant, ils pourraient paraître les avoir exclus, néanmoins, ces éléments incorporels se trouvent affectés à la garantie, précisément parce que leur affectation est obligatoire.

Il y a eu cependant controverse, et l'on a prétendu qu'une manifestation expresse de la volonté des parties pouvait aboutir à l'exclusion des éléments incorporels. Cette opinion était fâcheuse, car elle aboutissait à admettre la constitution d'une garantie extrêmement précaire; si, en effet, la garantie ne portait plus que sur le matériel, le créancier n'aurait qu'un gage illusoire, malgré la garantie constituée, ce mobilier pouvant toujours être aliéné par le débiteur.

La jurisprudence a admis l'interprétation que nous proposons, et il y a en ce sens un arrêt de la Chambre Civile du 17 juin 1918 D. P. 1922, 1.128 « attendu qu'aux termes de ces dispositions article 9 de la loi de 1909 dit la Chambre Civile, le fonds de commerce considéré comme universalité juridique susceptible d'être donnée en nantissement dans les formes prescrites par la loi comprend essentiellement l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, et l'achalandage; qu'en effet, les autres éléments corporels ou incorporels énumérés par l'article 9 ne peuvent être compris dans le nantissement que moyennant une désignation expresse et précise de l'acte constitutif, et, par conséquent, à titre d'accessoire des éléments principaux essentiels du fonds ci-dessus mentionné; que dès lors, un nantissement portant sur un ou plusieurs de ces accessoires envisagés individuellement, ne constitue par le nantissement d'un fonds de commerce régi par la loi du 17 mars 1909, mais un contrat de gage ordinaire soumis pour être opposable aux tiers, aux conditions du droit commun protectrices dans l'intérêt de ces derniers, et notamment lorsqu'il porte sur un meuble corporel, à la mise en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ». On voit donc le raisonnement de la Chambre Civile : il faut nécessairement admettre que les éléments incorporels du fonds de commerce sont grevés; autrement il n'y aurait plus de mise en garantie du fonds de commerce lui-même, mais une simple mise en gage du mobilier et du matériel, et cette mise en gage ne pourrait être obtenue qu'au moyen de la dépossession du débiteur; or, ce résultat n'est pas celui que les parties ont voulu, puisqu'elles ont eu en vue les formalités de la loi de 1909; il en faut donc conclure, d'une manière inéluctable, que les éléments incorporels sont mis en garantie, même dans le silence des parties.

Eléments facultativement mis en garantie

Il faut voir maintenant les éléments qui peuvent être mis facultativement en garantie. Il nous est facile de les déterminer : nous avons vu précédemment quels sont les éléments qui peuvent être mis en garantie; nous venons de voir quels sont ceux qui doivent y être mis obligatoirement; par la comparaison des deux termes, l'on détermine ceux pour lesquels la mise en garantie est facultative. Ainsi, pourront être mis en garantie sans que ce soit une nécessité : l'outillage et le matériel, et plus généralement les autres objets précédemment énumérés.

Nécessité d'une ventilation

Par là même que la mise en garantie ne porte pas sur tous les éléments du fonds, on arrivera ultérieurement à la nécessité d'une ventilation (article 20, alinéa 3 de la loi de 1909). C'est une situation analogue à celle qui se présente pour le cas du privilège du vendeur; il peut arriver, du reste, dans le cas de vente forcée, que l'adjudication ait lieu sur des mises à prix spéciales, et que, précisément, ces mises à prix soient relatives aux objets compris dans la garantie. En pareil cas, il est évident que la ventilation se fera d'elle-même, par le seul fait de l'adjudication.

TITRE DEUXIEME

Du droit de préférence des créanciers inscrits sur le Fonds de Commerce

Il résulte d'observations précédemment fournies que le droit des créanciers inscrits est un privilège, ou même une hypothèque sur le fonds de commerce, et que ce fonds de commerce, encore bien qu'il soit habituellement qualifié de meuble, pourrait être cependant assimilé à un immeuble. On est donc en présence d'un privilège ou d'une hypothèque ordinaire, et l'on en peut conclure que le créancier inscrit aura un droit de préférence et un droit de suite; c'est du droit de préférence que nous avons à nous occuper ici, et il n'y a pas de raison de ne pas poser le principe que ce droit de préférence est soumis aux règles du droit commun.

Mais si le droit du créancier inscrit peut être de la sorte assimilé à un privilège ou à une hypothèque même immobilière, il n'en est pas moins vrai que l'objet sur lequel il porte, est en quelque sorte sans analogie dans l'ensemble de notre droit. C'est que ce privilège s'applique, en effet, à des choses assez disparates, il porte finalement sur ces éléments divers qui constituent le fonds de commerce, à savoir : le droit au bail, la clientèle, l'achalandage, l'enseigne, le nom commercial, le matériel et les marchandises, et à raison même de cette nature spéciale de l'objet,

l'exercice du droit de préférence emportera des dérogations au droit commun.

Telle est donc l'idée générale dont il y aura lieu de s'inspirer pour cette étude; les règles applicables seront un mélange des règles du droit commun, qui formeront, en quelque sorte, la base, et de règles particulières qu'il y aura lieu d'établir à raison du caractère spécial de l'objet. C'est sous le bénéfice de ces observations que nous étudierons successivement les règles relatives à la réalisation du fonds de commerce, celles qui concernent le conflit des créanciers ayant des droits sur les deniers provenant de la réalisation du fonds, et finalement l'exercice de l'action résolutoire, puisque toutes les fois que le créancier n'est pas payé, et qu'il s'agit d'un vendeur du fonds de commerce, il peut, si bon lui semble, faire résoudre le contrat de vente.

CHAPITRE PREMIER

De la réalisation du Fonds de Commerce

On rencontre, ici, un certain nombre de règles, à propos desquelles il faudrait souhaiter que le législateur eût gardé le silence, et s'en fut référé au droit commun. Il y a, d'autre part, certaines règles qu'il devait nécessairement édicter, à raison du caractère spécial de la chose sur laquelle porte le droit des créanciers inscrits. Les premières de ces règles sont relatives à la compétence et à la réalisation proprement dite du fonds de commerce, les secondes envisagent une hypothèse particulière, connue sous le nom de conversion.

§ I

Règles pour lesquelles il conviendrait peut-être de revenir au droit commun. — Compétence. — Réalisation forcée du fonds de commerce

Les premières difficultés se présentent au point de vue de la saisie du fonds de commerce. L'on peut déjà faire observer qu'il eût été désirable que le législateur s'en réfère aux règles du droit commun, et qu'il opère ici un transport très large des règles de la saisie immobilière, puisqu'en fin de compte, le fonds de com-

merce est assimilable à un immeuble. Ce n'est pas, cependant, ce qui a eu lieu et l'on a vu édicter une législation spéciale et précisément cette législation spéciale soulève des difficultés, peut-être bien à raison même de la tendance instinctive des interprètes à revenir au droit commun.

En matière de compétence, lorsqu'il s'agit de la poursuite exercée par un créancier inscrit, l'article 16 de la loi de 1909 pose un principe, c'est que « le vendeur et le créancier gagiste « inscrits sur un fonds de commerce peuvent également, même « en vertu d'un titre sous seing privé, faire ordonner la vente « du fonds, qui constitue leur gage, huit jours après sommation « de payer faite au débiteur, et demeurée infructueuse. La « demande est portée devant le Tribunal de Commerce dans le « ressort duquel s'exploite le dit fonds... » Ce texte établit donc une règle de compétence d'une manière absolue, le Tribunal compétent est le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le fonds de commerce est exploité.

La loi de 1909 n'établit pas la compétence commerciale seulement dans ce cas particulier, elle l'établit encore dans deux ou trois autres cas, et, par exemple, elle décide dans l'article 18 que « le Tribunal de Commerce saisi de la demande en paiement « d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de com- « merce peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier « le requiert, ordonner par le même jugement, la vente du « fonds ». Ces différents cas, combinés avec le précédent, ont créé de très sérieuses difficultés, parce que l'on se demande si, dans tous les cas qui n'ont pas été prévus d'une manière expresse par le législateur, il n'y a pas lieu de revenir au droit commun. On cite un arrêt de la Cour de Douai, du 7 avril 1910 (DALLOZ, périodique 1919, 2.252), qui exclut d'une manière complète l'application du droit commun et qui est rédigé en termes particuliè-

rement catégoriques, puisqu'il va jusqu'à dire « qu'un droit nouveau » a été créé.

Nous n'avons pas à étudier la difficulté, puisque dans le cas de créanciers inscrits, la situation est suffisamment précisée par l'article 16, mais il était intéressant de la signaler pour faire observer une fois de plus à ce sujet que ces difficultés proviennent de l'abus de réglementation du législateur, et qu'il eût été préférable de reconnaître au fonds de commerce sa véritable nature immobilière, et cette notion admise de laisser jouer le droit commun.

La règle de l'article 16, qui donne compétence au Tribunal de Commerce, statue en matière de compétence d'attribution, et cette règle est donc d'ordre public; les parties ne pourraient pas y déroger par leurs conventions.

Les limites de l'article 16 sont aisées à déterminer; cet article prévoit la vente du fonds en bloc sur la poursuite du créancier inscrit. Dans les autres cas, le droit commun reprend son empire, et il le reprend, en particulier, dans les adjudications à la suite de faillite, liquidation judiciaire, par licitation, dans les ventes sur autorisation. C'est donc le régime antérieur à 1909 qui s'applique, mais nous devons faire rappeler à ce propos, que la doctrine et la jurisprudence considèrent et traitent le fonds de commerce comme un meuble incorporel.

Si l'on suppose que le jugement a été rendu conformément à la procédure indiquée par l'article 16, et que le Tribunal de Commerce a ordonné la vente du fonds, on voit surgir de nouvelles difficultés. L'opinion générale est que, lorsque le jugement qui ordonne l'adjudication a été prononcé, le Tribunal de Commerce se trouve dessaisi, et alors, l'on revient au droit commun : c'est que le Tribunal de Commerce ne connaît pas de l'exécution du jugement; ce sera une nouvelle occasion de faire observer qu'on

constate une fois de plus ici l'inéluctable nécessité du retour au droit commun. C'est, du reste, une solution qui est confirmée par la loi 1909 elle-même, car cette loi décide que pour toutes les nullités ou les incidents de procédure, qui concernent les opérations de l'adjudication, le Président du Tribunal Civil statuant en référé est seul compétent. Tout cela est un peu contradictoire, car on revient ici à la juridiction civile.

Le principe n'en subsiste pas moins que le Tribunal de Commerce est dessaisi, et cela comporte encore d'autres conséquences. C'est ainsi que, sauf dans un cas particulier, celui de l'article 15, alinéa 7, où une disposition spéciale de la loi lui donne compétence, le Tribunal de commerce n'a pas qualité pour déterminer la répartition des fonds, la distribution ne peut avoir lieu que par contribution judiciaire.

On peut encore supposer que l'adjudicataire fasse précéder la consignation d'offres réelles. En pareil cas, c'est encore le Tribunal civil qui connaîtra de la validité. Mais, la situation est complexe. Si, malgré une sommation, l'adjudicataire n'effectue pas la consignation, la jurisprudence décide que le Tribunal de Commerce est compétent pour l'obliger à consigner (Poitiers, 21 novembre 1910, D. P. 1913, 5.26). D'autre part, on décide, en général, que pour la liquidation de l'astreinte et son exécution, c'est le Tribunal Civil seul qui doit être saisi.

Toutes ces difficultés n'auraient pas lieu, si on avait laissé au droit commun le rôle qui lui appartient. On a créé des catégories exceptionnelles, et comme il arrive toujours, lorsque ces catégories sont établies d'une façon arbitraire, on ne sait où s'arrête ni finit l'exception.

Nous en avons ainsi terminé avec la question de compétence; il nous faut étudier maintenant les règles relatives à la procédure elle-même de réalisation du fonds de commerce.

Le créancier inscrit qui veut parvenir à la réalisation du fonds de commerce peut engager la procédure, alors même qu'il ne possède à sa disposition qu'un titre sous seing privé; cela est dit d'une manière expresse par l'article 16 de la loi de 1909.

La procédure doit être précédée d'une sommation adressée au débiteur de payer le montant de la créance. Toutes les fois que la vente est poursuivie par un précédent vendeur qui a fait inscrire son privilège, celui-ci doit faire savoir à l'acquéreur qu'il offre de lui remettre les effets qui avaient été souscrits en représentation du prix du fonds; il y aurait autrement difficulté, car ces effets peuvent avoir circulé, et c'est le dernier porteur de l'effet, qui est à l'heure actuelle le véritable créancier de l'acquéreur.

Il est cependant remarquable que la revente du fonds de commerce ne pourrait pas être poursuivie par le dernier porteur de l'effet, et on peut citer en ce cas l'arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1923 (D. P., 1923, 2.93), d'après lequel le porteur de billet n'est pas subrogé de plein droit au privilège du vendeur; il faut qu'il y ait eu une mention de subrogation en marge de l'inscription et tant que cette mention n'a pas été faite, c'est au créancier privilégié primitif qu'appartient le droit de poursuite.

Il arrive très fréquemment que le prix de vente d'un fonds de commerce est payé sous forme de billets à des échéances diverses, c'est-à-dire que l'acheteur souscrit au profit du vendeur un certain nombre de billets à ordre causés valeurs en fonds de commerce, et qui seront payables à la date fixée pour chaque billet. A propos de ce mode de paiement, une difficulté s'est élevée parce qu'on s'est demandé si le fait de l'endossement du billet au profit d'un tiers laissait subsister le privilège du vendeur et l'action résolutoire, et en transférait le bénéfice à l'endossataire.

D'après les principes généraux, la réponse ne serait pas douteuse, il est, en effet, constant que l'endossement fait obtenir à l'endossataire la propriété de la provision, et lui assure également le bénéfice de tous les privilèges hypothèques ou autres sûretés qui étaient affectés à la garantie de la créance primitive.

Cependant, il y a une difficulté, et celle-ci résulte de l'article 27 de la loi du 17 mars 1909 ainsi conçu : « Si le titre d'où résulte le privilège inscrit est à ordre, la négociation par voie d'endossement emporte la translation du privilège ». Or, il est évident que le privilège ne résulte pas du billet souscrit par l'acheteur, mais de la vente, et que l'acte de vente n'est pas un titre à ordre, et, par conséquent, l'article 27 implique assez nettement que le privilège n'est pas transmis à l'endossataire. C'est dans ce sens que la Cour de Paris s'est prononcée dans l'arrêt ci-dessus.

Le Tribunal est saisi au moyen d'une assignation, mais il doit s'écouler un délai d'au moins huit jours entre le jugement qui ordonne la vente et la sommation adressée au débiteur.

Lors de la poursuite pour la vente du fonds, le créancier peut faire comprendre dans la vente même les éléments qui ne seraient pas compris dans son privilège, c'est là une suite de la notion d'indivisibilité. Il faudra cependant qu'il soit fait une ventilation, car le privilège ne saurait porter sur les éléments du fonds qui n'en étaient pas grevés.

Le Tribunal de Commerce doit statuer dans les quinze jours de la première audience; le jugement doit fixer les conditions suivant lesquelles la vente aura lieu, et il y a à ce propos un certain nombre de règles qui doivent être suivies par le Tribunal; c'est ainsi que le Tribunal nomme, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, en outre, il fixe la mise à prix.

Il est remarquable que la mise à prix est fixée par le Tribunal et non pas par l'officier public chargé de suivre les formalités de

l'adjudication. On a même vu la Cour d'Appel de Bourges, saisie d'une demande de fixation du prix, alors que le Tribunal de Commerce n'avait pas statué sur ce point, renvoyer l'affaire devant le Tribunal de Commerce pour la détermination de cette mise à prix.

La mise à prix fixée par le Tribunal n'est pas une mise à prix globale. Le Tribunal doit fixer une mise à prix spéciale pour chacun des éléments; cela présente des inconvénients parce qu'on peut de la sorte aboutir à un démembrement du fonds au moment de la vente, et par là même à une dépréciation; mais le Tribunal pourra ordonner une nouvelle adjudication sur une mise à prix formée par les prix d'adjudication de chacun des éléments. On a proposé, en outre, le système suivant : le Tribunal fixerait une mise à prix pour les éléments incorporels du fonds, et, en outre, le matériel et les marchandises devraient être pris par l'adjudicataire à dire d'expert. Au surplus, les tribunaux se réservent en pareille matière une certaine latitude, et c'est ainsi que le Tribunal de Commerce de Lyon, par une décision en date du 13 juillet 1911 (*Gaz. Comm.*, Lyon, 11 septembre 1912) admet qu'il n'est pas nécessaire que le Tribunal fixe la mise à prix de l'élément incorporel avec adjudication à dire d'expert pour le matériel et les marchandises, et que le Tribunal peut fixer une mise à prix globale comprenant tous les éléments du fonds mis en vente.

Le Tribunal fixe, en outre, les autres conditions de la vente, et, en particulier, celles qui sont relatives au paiement du prix.

C'est encore au Tribunal qu'il appartient de désigner l'officier public chargé de la vente, soit un notaire, soit un commissaire-priseur.

Le Tribunal a encore pour mission de réglementer la publicité extraordinaire; il y a, en effet, un minimum de publicité

prévue par l'article 17 de la loi de 1909; mais, dans des circonstances exceptionnelles, si la vente exige une publicité plus étendue, c'est au Tribunal de Commerce qu'il appartient de la prescrire.

Enfin, le Tribunal peut donner au poursuivant l'autorisation de toucher le montant de sa créance d'une manière directe des mains de l'adjudicataire ou de l'officier public vendeur et sur simple quittance. Pour que le Tribunal puisse donner cette autorisation, il faut une double condition : tout d'abord, qu'il n'y ait pas d'autres créanciers inscrits, et, en outre, que parmi les créanciers non inscrits, il ne s'en soit pas révélé qui aient pris la qualité d'opposants sur l'adjudication

Le jugement qui ordonne la vente est exécutoire sur minute. Cette disposition a l'avantage d'éviter d'avoir à attendre la levée de la grosse; mais il faut distinguer : il y a des formalités antérieures à la vente, telles que la nomination de l'administrateur provisoire ou la publicité extraordinaire qui peuvent être exécutées sans signification préalable, alors que l'exécution sur le chef principal du jugement, c'est-à-dire l'adjudication du fonds de commerce, ne peut avoir lieu qu'après une signification préalable.

Il y a des règles particulières en ce qui concerne l'opposition et l'appel. Pour ce qui est de l'opposition, la loi l'a supprimée. Dès lors, quand un jugement qui ordonne la vente du fonds de commerce a été rendu contre un débiteur défaillant, celui-ci ne peut faire opposition pour revenir devant le Tribunal de Commerce, il ne lui reste d'autre ressource que celle de l'Appel.

Il y a également des règles pour l'Appel; celui-ci doit être formé dans la quinzaine de la signification à partie du jugement par défaut.

D'une manière générale, tous les jugements ordonnant une

vente du fonds de commerce sont susceptibles d'appel. La Cour doit statuer dans le délai d'un mois. S'il y a eu défaut en appel, le débiteur peut, cette fois, faire opposition dans les termes du droit commun.

Le jugement qui ordonne la vente du fonds de commerce ne produit pas seulement d'effet à l'égard des parties entre lesquelles il a été rendu; il a une sorte de portée générale. Et, en effet, si, ultérieurement, le créancier poursuivant se désintéresse de la poursuite, le Tribunal peut subroger en ses lieu et place un autre créancier, et c'est là encore une nouvelle constatation d'analogie entre la procédure de vente du fonds de commerce et la saisie immobilière. Seulement, si le législateur a réglementé la subrogation en matière de saisie immobilière, il a omis de le faire en matière de vente de fonds de commerce, et il y a là une nouvelle cause de difficultés.

On ne rencontre pas dans la loi de 1909 de règles analogues à celles de l'article 686 du Code de procédure, qui prescrit la transcription de la saisie dans le cas de saisie immobilière, et c'est encore là qu'on peut prendre sur le vif ce que nous croyons pouvoir nous permettre d'appeler l'imprudence de la loi, lorsqu'elle a omis d'assimiler le fonds de commerce à un immeuble et de soumettre la procédure aux règles de la saisie immobilière. C'est, en effet, une mesure très opportune que celle de la transcription de la saisie immobilière. On se rappelle quels en sont les effets: ce n'est pas du tout de faire obtenir au créancier saisissant un droit réel sur l'immeuble, mais ils n'en sont pas moins efficaces et importants; c'est qu'en effet, à compter de la transcription de la saisie, le débiteur ne peut plus vendre l'immeuble; il est frappé à cet égard d'une sorte d'incapacité de disposer, et c'est là une règle excellente, car une vente de l'im-

meuble qui serait valable aurait pour effet de réduire à néant la procédure de saisie comme portant sur la chose d'autrui.

Or, le législateur a omis de prescrire une transcription de la saisie dans le cas de vente forcée du fonds de commerce, et on voit la conséquence de cette omission : il est impossible de ne pas décider que la vente amiable consentie par le débiteur, même après le jugement ordonnant la vente aux enchères, est valable et a pour conséquence de réduire à néant toute la procédure. On voit l'inconvénient, et cependant la solution a été consacrée par la jurisprudence. Il est vrai qu'il y a une sorte de remède, mais il se présente en quelque sorte au hasard ; c'est que le créancier pourra se prévaloir de son droit de suite et provoquer la vente aux enchères publiques en se portant, suivant l'article 23, surenchérisseur. C'est ce qu'a décidé le Tribunal de Commerce du Havre, dans un jugement du 21 mars 1911 (Recueil, le Havre, 1911, 1.187 (DALLOZ, répertoire pratique Verbo, Fonds de Commerce, n° 470). Le créancier inscrit pourra encore faire sommation au débiteur et au tiers détenteur de lui payer sa créance et poursuivre ensuite la vente aux enchères publiques du fonds de commerce. Il n'en est pas moins vrai que la vente amiable est valable, et l'on ne serait pas en présence d'une conséquence aussi manifestement choquante si le législateur avait aperçu qu'en s'occupant de la vente forcée d'un fonds de commerce, il était en réalité, dans le domaine de la saisie immobilière.

Voyons maintenant la procédure postérieure au jugement qui ordonne la vente.

Il faut que le créancier poursuivant fasse les sommations. Ce sont des notifications adressées au propriétaire du fonds, aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, de prendre communication du cahier des charges, de présenter leurs dires et observations et d'assister à l'adjudica-

tion si bon leur semble. C'est encore une analogie avec la procédure de saisie immobilière.

La loi prescrit dans l'article 17 qu'il y a lieu de procéder à une publicité de la vente, et celle-ci est obligatoire, contrairement à la publicité extraordinaire facultative, dont nous avons déjà parlé. Cette publicité consiste en des placards ou affiches sur papier timbré, qui sont apposés à la porte principale de l'immeuble où s'exploite le fonds, à la mairie de la commune où le fonds est situé, à la porte de l'auditoire du Tribunal de Commerce compétent, et à la porte du domicile de l'officier public qui est chargé de procéder à la vente.

Ces affiches font connaître les nom, prénoms, domicile du poursuivant et du propriétaire du fonds; elles énoncent le jugement du Tribunal de Commerce ou l'arrêt de la Cour, en vertu duquel il est procédé à la vente; elles renferment une élection de domicile dans la localité où siège le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel s'exploite le fonds; elles donnent la désignation du commerce avec son adresse, indiquent la nature de ses opérations, énumèrent ses éléments constitutifs; elles indiquent les mises à prix, les lieux, jours et heures d'adjudication, les nom et domicile de l'officier public dépositaire du cahier des charges, et enfin s'il y a des conditions spéciales édictées par le Tribunal à propos de la vente, elles les font connaître.

Ces affiches doivent être apposées au moins dix jours avant la vente.

Le même placard doit être inséré dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce.

Cette insertion doit paraître dix jours avant la vente.

La publicité est constatée par une mention faite dans le procès-verbal de vente.

Il est consigné au cahier des charges un dire mentionnant toutes ces formalités, et il est indiqué dans le procès-verbal de vente que ces formalités ont été remplies

Il est établi, en vue de la vente, un cahier des charges, qui renferme les indications contenues dans le jugement ordonnant la vente; il indique la créance du poursuivant, rappelle le jugement, ainsi que l'assignation, de même que les nom, prénoms et domicile du poursuivant; il donne les nom, prénoms et domicile du vendeur, etc., etc. On peut insérer dans le cahier des charges des conditions autres que celles établies par le jugement ordonnant la vente, pourvu que ces conditions ne soient pas contraires à la loi ni à l'ordre public.

L'adjudication est constatée par un procès-verbal dans la forme ordinaire.

C'est à l'officier public qu'il appartient de procéder à la ventilation du prix pour les éléments du fonds, non grevés des privilèges inscrits; c'est une prescription établie par l'article 20, alinéa 3, et comme ce texte fait suite à une mention que le cahier des charges doit contenir, il a été naturel d'en conclure que c'était précisément à l'Officier public chargé de la rédaction du cahier des charges, et non pas au Tribunal de Commerce, qu'il appartenait de procéder à cette ventilation. Il y a en ce sens un arrêt de la Cour d'Orléans du 24 novembre 1911 (*Gaz. des Tribunaux*, 1912, 2.262).

Comme cela était indiqué précédemment, s'il se produit des incidents de nullité, c'est le Président du Tribunal Civil statuant en référé, qui est compétent pour les trancher, mais il faut qu'il s'agisse de nullités résultant de l'inaccomplissement de formalités préalables à l'adjudication, car s'il s'agissait de nullités affectant le jugement ordonnant la vente, il n'y aurait

d'autre voie que le recours contre ce jugement sous forme d'appel.

Les moyens de nullité ainsi présentés doivent l'être huit jours au moins avant l'adjudication. L'ordonnance du Président est exécutoire sur minute, et ne peut pas être frappée d'opposition, mais il peut y avoir appel.

Il y aurait lieu d'examiner maintenant les effets du jugement ou du procès-verbal d'adjudication; mais l'exposé en sera succinct, au moins dans la mesure où ces effets ne concernent pas à proprement parler, les droits des créanciers inscrits. Par l'effet de l'adjudication, l'adjudicataire devient propriétaire du fonds en même temps que de tous les éléments qui en dépendent, mais relativement à certains éléments, il n'en sera saisi d'une manière effective à l'égard des tiers qu'autant qu'il aura rempli les formalités qui leur sont particulières, et notamment en ce qui concerne le bail, il faut que la cession soit signifiée au propriétaire, s'il n'est pas intervenu à l'adjudication, et en ce qui concerne un brevet, il faut que la cession soit régularisée dans les termes de la loi de 1844 et celle du 26 juin 1920.

Ce qui nous intéresse plus particulièrement, c'est que la procédure ainsi envisagée et l'adjudication par laquelle elle se termine, a pour effet de purger les privilèges et les hypothèques établies sur le fonds, et cela se comprend, puisque les créanciers inscrits ont été liés à la procédure, comme ils le seraient dans une procédure de saisie immobilière.

Leur droit est désormais reporté sur le prix, et, par conséquent, les inscriptions n'ont plus à être renouvelées.

Il y a une dernière hypothèse à examiner, c'est celle où il ne se serait pas présenté d'amateur sur la mise à prix. Que doit-on faire en pareil cas ? C'est l'éternelle difficulté qui reparaît ici.

Si la notion de droit commun l'emportait, il faudrait autoriser la vente des éléments sous forme de saisie individuelle. Il paraît plus sûr de décider que telle n'a pas été la solution envisagée par la loi, et qu'en pareil cas, il y aurait lieu de retourner devant le Tribunal de Commerce pour obtenir une baisse de mise à prix. C'est en somme la suite naturelle de la procédure spéciale établie par l'article 16 de la loi de 1909, dans le cas de vente forcée du fonds de commerce, sur l'initiative d'un créancier inscrit; mais il est permis, une fois de plus, de constater que des hésitations de ce genre ne se produiraient pas si l'on avait simplement appliqué au fonds de commerce d'une manière générale la procédure de droit commun. Il est bon d'observer que, dans la pratique, le Tribunal autorise, à défaut d'enchères, la baisse de la mise à prix par le jugement qui ordonne la vente.

§ II

Règles inévitablement exceptionnelles de la conversion

Le principe que nous allons avoir à appliquer ici est tout différent de celui qui nous a inspiré dans le précédent paragraphe, car cette fois, c'est d'une manière délibérée qu'il y aura lieu d'écarter l'application du droit commun. On va se trouver en présence de règles spéciales que le législateur a été obligé d'édicter pour cette raison que, même s'il est possible, en matière de fonds de commerce, de tendre à l'assimilation avec un immeuble, il n'en est pas moins vrai que le fonds se compose dans la réalité, de choses disparates : droit au bail, clientèle, achalandage, nom commercial, matériel et marchan-

disés et que la présence de ces divers éléments entrave l'application du droit commun, et rend nécessaire une législation spéciale. C'est précisément sur cette législation que l'on rencontre, en matière de vente forcée, la procédure que l'on désigne sous le nom de conversion; c'est là, du reste, l'une des innovations les plus originales de la loi de 1909, et qui nous paraît mériter d'être entièrement approuvée.

Déjà avant la loi de 1909, on avait compris les inconvénients de la vente isolée des éléments du fonds de commerce, et lorsqu'une saisie de ce genre était pratiquée par un créancier, on avait admis que les débiteurs ainsi menacés de subir un préjudice considérable pouvaient s'adresser au Président du Tribunal Civil par la voie du référé en vue d'obtenir la vente en bloc. L'innovation de la loi de 1909 a consisté à donner compétence au Tribunal de Commerce, et, d'autre part, à permettre la demande de conversion, non seulement aux débiteurs, mais aux créanciers.

Quelles sont les conditions pour qu'une conversion de ce genre puisse avoir lieu ? Il faut supposer naturellement et tout d'abord, qu'il y a des poursuites, et cela ne signifie pas seulement une sommation ou un commandement, mais d'une manière plus précise, il faut qu'une saisie exécution ait été opérée sur le mobilier ou les marchandises en vertu d'un titre exécutoire; il faut donc qu'il y ait eu procès-verbal de saisie (Bordeaux, 25 avril 1910, D. P., 1912, 2.316).

Il résulte de là que le bailleur de l'immeuble qui a pratiqué une saisie gagerie ne peut prendre l'initiative d'une demande de conversion tant que la saisie n'a pas été validée, et si l'on suppose qu'un créancier hypothécaire a fait pratiquer dans une usine qui appartient au débiteur, une saisie des machines immeubles par destination, le créancier hypothécaire ne pourra

pas demander la conversion, car il ne s'agit pas d'une saisie exécution, mais d'une saisie immobilière.

Même quand les conditions sont remplies, le Tribunal jouit d'un certain pouvoir d'appréciation, et il peut accorder ou refuser la conversion.

Quant aux personnes qui peuvent demander la conversion, il faut noter, en premier lieu, le créancier qui a pratiqué la saisie exécution. Il peut s'adresser au Tribunal dans le ressort duquel s'exploite le fonds et demander qu'il soit procédé à la vente globale, y compris le matériel et les marchandises. Le Tribunal doit statuer dans la quinzaine de la première audience : il accorde au débiteur un délai pour se libérer; passé ce délai, il sera procédé à la vente du fonds.

Ce n'est pas seulement le créancier saisissant qui peut demander la conversion : le même droit appartient au débiteur saisi, car il a également intérêt à la vente en bloc. Mais il doit avoir soin, après avoir lancé son assignation et sur la production de son assignation, de demander au juge des référés la discontinuation des poursuites de saisie, car s'il ne procédait pas de la sorte, celles-ci pourraient continuer et aboutir avant la vente du fonds en bloc.

Pour éviter tout moyen dilatoire, le Tribunal indique dans le jugement ordonnant la vente du fonds, qu'à défaut par le débiteur de suivre en vue de l'adjudication, le créancier pourra reprendre des poursuites sur la saisie exécution, à moins qu'il ne préfère reprendre les poursuites mêmes tendant à la vente du fonds.

Il y a une autre sorte de conversion, mais celle-ci ne peut avoir lieu qu'à la demande d'un créancier inscrit. Il faut supposer ceci : c'est que, cette fois encore, il a été procédé à la saisie exécution de certains éléments du fonds de commerce,

par exemple, du matériel et des marchandises en vue de leur vente isolée. Cela se rapproche de l'hypothèse précédente, mais alors que, dans cette hypothèse, on a vu le créancier saisissant changer d'avis et demander la conversion, ou bien le débiteur lui-même prendre une initiative de ce genre, il faut supposer dans cette nouvelle hypothèse que, ni le créancier saisissant, ni le débiteur ne demandent la conversion, et c'est alors qu'entre en jeu la faculté spéciale reconnue par la loi à tout créancier inscrit. Celui-ci peut craindre une mauvaise réalisation du fonds par suite de la vente isolée, et il peut demander la vente en bloc du fonds; c'est donc, en somme, une demande de conversion.

Pour assurer aux créanciers inscrits l'exercice de leurs droits, la loi prescrit dans l'article 20 que le créancier ordinaire qui procède à la saisie exécution est obligé de dénoncer la procédure aux créanciers inscrits. Le créancier saisissant doit faire ses notifications dix jours au moins avant la date fixée pour la vente, et il ne peut être procédé à cette vente tant que le délai de dix jours n'est pas expiré. La loi détermine les pièces qui doivent être notifiées aux créanciers inscrits pour les mettre en mesure de prendre une décision, il serait fastidieux d'entrer dans ces énumérations.

Le créancier inscrit, qui prend parti pour la conversion, doit, dans le délai de dix jours, assigner les intéressés, c'est-à-dire le poursuivant et le débiteur devant le Tribunal de Commerce, en vue de faire ordonner la vente du fonds.

Il est à remarquer que le créancier peut agir, soit que sa créance soit exigible, soit qu'il y ait un terme; si le créancier agit, il y a donc, en l'espèce, déchéance du terme à l'égard du débiteur.

Le fonds sera vendu à la diligence du créancier qui avait

primitivement pratiqué la saisie; mais si ce créancier ne suit pas, le premier créancier inscrit peut se faire subroger dans la vente globale du fonds.

Le fonds est mis en vente en entier, c'est-à-dire en y comprenant le matériel et les marchandises; mais ici le Tribunal n'est pas obligé de fixer une mise à prix pour le matériel et les marchandises, et il peut être stipulé que les marchandises seront prises par l'adjudicataire à dires d'experts.

Telles sont les principales explications qu'exigeait la procédure de conversion. Ce qui est intéressant à retenir, c'est que précisément ces règles spéciales ont été établies à raison du caractère même de l'objet sur lequel porte le droit des créanciers; c'est précisément parce que cet objet est composé de choses en quelque sorte indépendantes les unes des autres, et susceptibles de vente isolée, et parce que cela ne se présente pour aucune autre espèce de biens que le fonds de commerce qu'il fallait, de toute nécessité, édicter une législation spéciale; autrement il pourrait arriver que chaque élément isolé soit vendu d'une manière indépendante pour le plus grand préjudice des créanciers. Il fallait leur assurer une faculté d'intervention qui leur réserve la possibilité de provoquer la vente en bloc, et même si quelque jour, une législation progressive assimilait finalement le fonds de commerce à un immeuble, il faudrait conserver cette réglementation particulière.

CHAPITRE II

De la répartition des deniers entre les créanciers inscrits.

Lorsque le fonds de commerce a été réalisé, il y a lieu de procéder à une répartition des deniers entre les divers créanciers, et si nous suivions la tendance qui nous a inspiré depuis le début de cette étude, nous serions obligés d'admettre dans le cas de créanciers inscrits, l'ouverture d'un ordre; mais, comme la jurisprudence est encore, à l'heure actuelle, arrêtée en faveur de la notion de meuble incorporel, ce n'est pas une procédure d'ordre qui s'impose, mais l'ouverture d'une contribution judiciaire, encore est-il que cette distribution par contribution n'est nécessaire qu'autant que les créanciers n'ont pu s'entendre pour une distribution amiable.

On conçoit, en effet, qu'une distribution amiable puisse avoir lieu lorsque tous les créanciers sont majeurs et parviennent à se mettre d'accord; elle aura pour avantage d'éviter en général la faillite ou la liquidation judiciaire et elle épargnera aux créanciers les frais et les lenteurs d'une distribution par contribution.

Pour que la contribution judiciaire puisse s'ouvrir, il est nécessaire que le montant du prix de vente ait été consigné. La procédure est celle qui est prévue par les articles 656 à 672 du Code de procédure. Une opinion, d'ailleurs erronée, a prétendu

que la répartition pouvait être faite par le Tribunal de Commerce lui-même; il n'y a qu'un cas où le Tribunal de Commerce puisse faire l'attribution : celui qui est prévu par l'alinéa 7 de l'article 15 de la loi de 1909, c'est-à-dire quand il n'y a qu'un créancier inscrit et en l'absence de créanciers ordinaires opposants.

L'ouverture de la contribution ne peut être provoquée par un créancier à terme; mais si la contribution a été ouverte, le créancier à terme peut y produire, car il y a, par le seul effet de la contribution, une présomption de déconfiture qui emporte la déchéance du terme.

La production est ouverte à tous les créanciers, soit qu'ils aient fait opposition sur le prix, soit qu'ils n'aient pas mis opposition et, d'autre part, même pour les créanciers qui ont fait opposition, il y a forclusion si dans les trente jours, à partir de la dernière sommation qui leur a été adressée, ils n'ont pas déposé au Greffe leur demande en collocation, art. 660 c.pr.c.

Non seulement les créanciers inscrits peuvent produire, mais ils le doivent pour assurer la sauvegarde de leurs droits, car il n'y a pas de texte qui dispense de cette formalité, et ils sont dès lors régis par l'article 661 du Code de procédure civile.

Dans le cas où la faillite viendrait à être déclarée au cours de la procédure de distribution par contribution qui relève, conformément au droit commun, de la juridiction civile, le Tribunal restera saisi toutes les fois que la procédure aura été poussée assez loin pour que l'on ait dépassé le règlement provisoire et le délai imparti pour le contredire; dans le cas contraire, le Syndic pourrait réclamer les fonds et le Tribunal civil serait dessaisi.

Mais la plus intéressante de toutes les questions est celle de savoir comment va être réglé le conflit entre les créanciers

ayant un privilège de vendeur, ou plus généralement les créanciers inscrits, et les autres créanciers, ayant un privilège qui ne serait pas soumis à la publicité; c'est ici, qu'il faut reprendre la distinction fondamentale dans laquelle nous avons cru voir le principal intérêt de l'étude, celle qui différencie les règles pour lesquelles il y aura lieu de se référer au droit commun, et les règles au contraire que nous qualifierons d'inévitablement particulières, à raison du caractère même de l'objet sur lequel porte le privilège ou l'hypothèque, et cette observation même nous fournit la division des deux paragraphes qui vont suivre : dans l'un on verra les règles à propos desquelles il serait peut-être convenable de revenir au droit commun et dans l'autre les règles inévitablement particulières.

§ I

Des règles pour lesquelles il conviendrait peut-être de revenir au droit commun. — Concours entre les privilèges inscrits d'après la loi de 1909. — Concours des privilèges inscrits avec les privilèges généraux de l'article 2.101 du Code Civil.

Il y a lieu d'étudier successivement les concours entre ces diverses sortes de privilèges.

Lorsqu'il y a concours entre les privilèges inscrits d'après la loi de 1909, la solution générale est que le conflit se règle d'après la date de l'inscription. Cela va de soi, et même dans cette étude, qui tend à reconnaître au créancier inscrit une situation de créancier hypothécaire, la solution serait la même.

Il faut noter que l'inscription du vendeur est préférée pen-

dant une quinzaine utile à celles émanées du chef de l'acquéreur.

Les créanciers inscrits en vertu de la loi de 1909 peuvent se trouver parfois en conflit avec les créanciers hypothécaires relativement aux immeubles par destination; c'est une difficulté qui a été précédemment envisagée.

Il faut voir maintenant le concours des privilèges inscrits avec les privilèges généraux de l'article 2101.

Voyons tout d'abord quelles sont les solutions actuellement admises, elles le sont en partant de cette idée que le fonds de commerce est un meuble incorporel et que, par là même, le privilège ou le droit du créancier inscrit est un privilège mobilier spécial. Dès lors, il n'y a plus qu'à laisser jouer les principes, et ceux-ci conduisent aux solutions suivantes : le privilège qui vient en premier rang serait comme toujours le privilège pour frais de justice; en second lieu, on devra colloquer le privilège du Trésor, l'intérêt général bien compris exigeant que le Trésor ait la certitude d'être payé (Cass. 27, juillet 1925, D. Hebd. 1925, p. 648); mais on devra colloquer ensuite les privilèges mobiliers spéciaux, c'est-à-dire, en notre espèce, les créanciers inscrits, et ceux-ci viendront donc avant les autres privilèges généraux de l'article 2101.

C'est une solution très défendue au point de vue théorique : elle répond à l'une des plus anciennes traditions sur la nature du privilège général, car celui-ci n'était autre qu'un *privilegium inter personales actiones*, c'est-à-dire simplement le droit de passer avant les créanciers chirographaires, et l'on comprend dès lors que les créanciers inscrits soient colloqués avant les privilèges généraux, COLIN et CAPITANT, 3^e éd., t. 2 p. 787, PLANIOL t. 2, n° 2634.

Nous avons vu, toutefois, que le privilège du Trésor passe

avant les privilèges spéciaux; mais il faut noter que l'administration des contributions directes ne peut réclamer son privilège à l'encontre d'un créancier inscrit que pour l'exercice antérieur à l'inscription.

Telles sont les solutions généralement admises. Il faut voir ce qu'elles deviendraient dans le cas où les droits des créanciers inscrits seraient assimilés à des hypothèques immobilières.

On pourrait croire, au premier abord, que la différence serait considérable. Il y a, en effet, une règle d'après laquelle les privilèges généraux passent avant les hypothèques et l'on en donne une raison, c'est que les hypothèques garantissent, en général, des sommes considérables, et que si l'on faisait passer les hypothèques avant les privilèges généraux, il ne resterait plus rien pour les créanciers à privilège général. Dans ce système, et c'est effectivement celui qui est établi par le Code Civil, le droit du créancier inscrit sur le fonds de commerce viendrait après les privilèges généraux, et, en somme, la même argumentation serait, en effet, de mise, car les créanciers inscrits sur le fonds de commerce ont droit également à des sommes assez élevées.

Mais l'opinion du Code Civil est depuis longtemps contestée par la doctrine, et l'on fait observer que cette opinion n'a pas de raison d'être. La plus ancienne tradition veut, en effet, que les privilèges généraux ont été établis pour faire passer ce genre de droits avant les créances chirographaires, mais avant elles seulement, aussi la solution du Code Civil paraît-elle erronée, COLIN et CAPITANT, t. 2, p. 836 et s. La valeur d'une garantie doit, d'ailleurs, s'estimer en elle-même, et non pas en s'appuyant sur cette considération pratique qu'elle est menacée d'être primée par d'autres droits plus étendus. Il est donc à sou-

haïter que si une révision législative avait lieu, même dans le cas où l'on considérerait le droit inscrit sur un fonds de commerce comme l'équivalent d'une hypothèque, le privilège général continue néanmoins d'être colloqué postérieurement au droit du créancier inscrit.

§ II

Concours des privilèges inscrits avec les privilèges spéciaux sur certains meubles

Dans ce paragraphe, on fera, sans doute, appel aux principes généraux pour obtenir les solutions; mais le titre même du paragraphe indique qu'on va se trouver en présence d'une situation tout à fait particulière, car le droit inscrit sur le fonds de commerce que nous avons tendance à assimiler à une hypothèque, c'est-à-dire à un droit sur un immeuble, va se trouver en conflit avec des privilèges spéciaux sur certains meubles; cela tient à la nature particulière du fonds de commerce, car les éléments du fonds de commerce considérés individuellement sont, en général, mobiliers, et on comprend, dès lors qu'il y ait des privilèges spéciaux sur ces meubles.

Le premier conflit qu'on rencontre est le conflit entre le droit du créancier inscrit et le privilège du bailleur d'immeuble.

A notre avis, c'est le bailleur d'immeuble qui devra l'emporter. En effet, le droit du bailleur d'immeuble était déjà établi sur le matériel et les marchandises (et ce droit résultait d'une idée de gage tacite) au moment où le débiteur avait donné le fonds de commerce en garantie à un créancier inscrit, et l'acte, par lequel il a constitué de la sorte une nouvelle sûreté réelle sur la chose, n'a pas eu le pouvoir de porter atteinte à la sûreté précédemment établie.

Il pourrait y avoir une difficulté dans le cas où le bail primitif est l'objet d'une prolongation, car on pourrait se demander s'il ne s'agit pas d'un nouveau bail; mais la jurisprudence décide en pareil cas, que le rang du bailleur reste intact, car il est censé n'avoir consenti la prolongation qu'à la condition que la sûreté initiale lui demeurerait acquise dans les mêmes conditions que précédemment. (Montpellier, 22 juillet 1912, DALLOZ, périodique, 1912, 2.338 et la note.)

Il faudrait appliquer la même solution dans le cas où le bail a fait l'objet d'une cession, et où la prolongation a été consentie à l'acheteur du fonds de commerce; il y a, en effet, les mêmes raisons de décider.

Il y a également des difficultés dans le cas où le fonds de commerce viendrait à être transporté dans un nouveau local. Il n'est pas douteux qu'en pareil cas le bailleur du nouveau local acquiert le privilège sur les objets ou marchandises introduites. Mais que va devenir, en pareil cas, le privilège du créancier inscrit? Celui-ci doit faire inscrire en marge une mention qui, vis-à-vis du nouveau propriétaire, a la valeur d'une nouvelle inscription. On doit considérer en pareil cas que le privilège du nouveau bailleur va encore primer le droit du créancier précédemment inscrit. En effet, le privilège du bailleur bénéficie de l'application de la règle, en fait de meubles possession vaut titre, lorsque le bailleur a été de bonne foi. Sans doute, il y a ici l'inscription qui serait de nature à le constituer de mauvaise foi; mais cette inscription est relative au fonds de commerce lui-même et, en ce qui concerne le privilège du bailleur, les objets sont, au contraire, considérés comme des meubles corporels, et en matière de transmission de cette nature, il n'y a pas de publicité.

Le conflit ne pourra, du reste, s'élever que relativement au

mobilier et aux marchandises, c'est-à-dire relativement aux choses corporelles, car il est admis que le privilège du bailleur ne porte pas sur les éléments incorporels du fonds. (Tribunal Civil de la Seine, 24 juillet 1920, *Gaz. des Tribunaux*, 1921, 2.230.)

Un autre conflit qu'il y a lieu d'examiner est celui qui peut survenir entre le créancier inscrit et le créancier à raison de frais, qui ont été faits pour la conservation de la chose. Supposons qu'il existe sur le fonds de commerce un droit de créance garanti par une inscription; postérieurement à cette date, un tiers coopère à la conservation du fonds; pour cette conservation, il a droit à une rémunération, et cette rémunération est garantie par un privilège. Il sera colloqué avant le créancier inscrit, précisément parce qu'il a contribué à la conservation du privilège du créancier inscrit. PLANIOL, t. 2, n° 2.639.

Cette observation est importante, car le privilège fonctionne en l'espèce non seulement pour les frais qui ont été faits pour la conservation d'un meuble, mais également pour ceux qui ont eu pour effet de conserver l'actif du débiteur et d'assurer la sauvegarde du fonds de commerce.

Il peut encore y avoir conflit entre le créancier inscrit sur le fonds de commerce et un créancier gagiste. Il faut supposer que le commerçant a pris l'un des objets mobiliers dépendant du fonds de commerce et l'a donné en gage à un créancier. En pareil cas, c'est le créancier gagiste qui aura la préférence, car il peut se prévaloir de la règle : « en fait de meubles possession vaut titre ». C'est un cas analogue à celui que nous signalions tout à l'heure : le cas du privilège du bailleur, lorsque le fonds de commerce est déplacé et transporté dans un nouveau local.

Il peut enfin y avoir conflit entre le créancier inscrit et le

privilège du vendeur de meubles non payé. L'hypothèse est la suivante : un tiers a effectué la vente d'un meuble au commerçant, et ce meuble est venu s'incorporer dans le fonds de commerce; mais le prix du meuble n'avait pas été payé, et par là même le tiers était au bénéfice du privilège du vendeur de meubles; puis, à une date ultérieure, le commerçant a établi une garantie sur le fonds de commerce, et le droit du créancier a fait l'objet d'une inscription; ultérieurement le fonds de commerce est vendu; il y a naturellement conflit sur les deniers entre le privilège du vendeur de meubles et le privilège du créancier inscrit.

C'est le privilège du vendeur de meubles qui devra, croyons-nous, l'emporter. En effet, la conservation de ce privilège est indépendante de toute mesure de publicité, et par là même il devra prendre rang à sa date; il sera, dès lors, appelé à primer le privilège du créancier inscrit sur le fonds de commerce.

Telle n'est pas cependant l'opinion de ceux qui voient dans la consitution du fonds de commerce en garantie un véritable nantissement, car alors ceux-là font jouer la règle « en fait de meubles possession vaut titre », et dès lors, le privilège du créancier inscrit prime celui du vendeur. PLANIOL, t. 2, n° 2638.

On peut constater encore une fois, ici, tout ce que cette notion de nantissement appliquée à la mise en garantie du fonds de commerce a d'artificiel, car il est impossible de voir de quelle manière le créancier inscrit a été mis en possession du meuble vendu, ce qui serait nécessaire pour permettre l'application de la règle : « en fait de meubles, possession vaut titre », et si l'on prétend faire jouer ce rôle à l'inscription, c'est une manière de voir qui s'éloigne tellement de la réalité des faits, qu'il ne nous paraît guère possible de l'admettre.

TITRE TROISIEME

Du droit de suite

Nous avons précédemment étudié le cas de la vente forcée, et, en particulier, la réalisation du gage sur la poursuite du créancier inscrit. La vente forcée, en général, ne donne pas lieu au droit de suite, parce que la procédure est conduite de telle façon que les créanciers inscrits sont liés aux poursuites, et que, d'autre part, le fonds étant censé avoir été vendu à sa plus haute valeur, les droits des créanciers inscrits se trouvent éteints, ou plus exactement reportés sur le prix.

Au contraire, le droit de suite existe, soit dans le cas de vente amiable, soit dans le cas de vente publique volontaire. Ces ventes publiques se rencontrent fréquemment dans l'hypothèse de succession, toutes les fois qu'il y a licitation préalablement au partage.

La situation ne présente donc pas de difficulté; le droit de suite subsiste, c'est-à-dire que le fonds de commerce continue d'être grevé, entre les mains de l'acquéreur, du droit du créancier inscrit, et s'il veut se mettre à l'abri des poursuites, l'acquéreur devra engager une procédure de purge, qui pourra conduire elle-même à la surenchère du 1]10 de la part du créancier inscrit.

C'est cependant à propos de cette vente volontaire qu'il y a lieu d'étudier un droit d'une nature spéciale, et qui est une créa-

tion originale de la loi de 1909, droit qui est accordé aussi bien aux créanciers inscrits qu'aux créanciers chirographaires, mais que nous devons néanmoins étudier, puisqu'il appartient également aux créanciers inscrits : c'est le droit de porter la surenchère du 1/6. C'est une anomalie assez étrange dans notre législation que l'on puisse voir un créancier chirographaire porter de la sorte une surenchère de 1/6, alors que son débiteur vient de disposer amiablement d'un bien qui figurait dans son patrimoine; c'est, en effet, une règle immémoriale que le débiteur a le droit de rendre pire la condition du créancier, et que les ventes consenties sans fraude sont opposables à ce créancier. La seule ressource du créancier chirographaire c'est d'exercer l'action Paulienne, toutes les fois que le débiteur a su, au moment de la vente, qu'il était au-dessous de son actif, mais encore est-il qu'il faut l'exercice de cette action, et qu'en dehors de là, cette vente a une validité entière et définitive.

Il est difficile d'apercevoir la raison pour laquelle le législateur a dérogé ici à une tradition constante, car enfin il peut y avoir dans le patrimoine du commerçant d'autres biens que le fonds de commerce, et, par exemple, une forte créance commerciale. Le commerçant peut la céder, et il n'y a pas d'autres ressources pour le créancier que l'exercice de l'action Paulienne, et l'on ne voit pas pourquoi en matière de vente du fonds de commerce il y a la possibilité d'une surenchère du 1/6. Mais, enfin, cette possibilité existe, et comme elle appartient également aux créanciers inscrits, il y a lieu de l'étudier.

Quelles sont les ventes après lesquelles il peut y avoir surenchère du 1/6 ? Cette surenchère peut être formée dans le cas de vente amiable par acte sous seing privé ou par acte notarié, et dans les ventes judiciaires et volontaires. La surenchère du 1/6 n'est pas possible dans les cas de vente forcée sur la pour-

suite du créancier, elle ne l'est pas davantage dans le cas de vente poursuivie à la requête d'un syndic de faillite, de liquidateur, d'administrateur judiciaire et faite aux enchères publiques.

La surenchère du 1/6 n'est donc possible que dans le cas d'adjudication publique volontaire faite à la requête d'un propriétaire majeur ou mineur, de celle faite à la requête d'une société ayant la personnalité civile ou d'un liquidateur amiable.

Il y a des difficultés lorsqu'on se trouve en présence d'un acte juridique autre que la vente, et comme la loi emploie le terme de vente, on décide que s'il y a échange, apport en Société, ou transmission à titre gratuit, il ne peut pas y avoir de surenchère du 1/6. Mais, pour quel motif cette différence entre la vente et les autres actes qui emportent mutation du fonds de commerce ? C'est ce qu'il n'est pas possible de dire, et l'embarras est d'autant plus grand qu'il est impossible de préciser les raisons pour lesquelles le législateur admet la possibilité de surenchère du 1/6, même dans le cas de vente (1).

Quant aux créanciers qui peuvent exercer la surenchère, ce droit n'appartient aux créanciers ordinaires qu'à certaines conditions dont nous n'avons pas à nous occuper, et il appartient, en outre, aux créanciers inscrits; il y a donc pour eux possibilité de la surenchère du 1/6 (ou bien éventuellement dans le cas de purge, possibilité de la surenchère du 1/10).

Les créanciers à raison de créances non exigibles ou conditionnelles peuvent former la surenchère du 1/6.

(1) « Le droit de surenchère est créé dans le but de donner aux créanciers une arme efficace pour combattre la fraude trop fréquente en matière de vente de fonds, et que consiste à dissimuler une partie quelquefois considérable du prix réel » (Rapport de M. BAUDET à la Chambre des Députés. Session de 1909).

La possibilité de la surenchère du 1/6 est soumise à certaines conditions :

1° La surenchère du 1/6 n'est possible que dans le cas de vente du fonds de commerce; elle ne l'est donc pas dans le cas de vente d'un élément particulier tel que le matériel;

2° La surenchère ne peut être formée qu'autant que le prix de vente stipulé au contrat est insuffisant pour désintéresser complètement les créanciers inscrits ou opposants; il va de soi que si ces divers créanciers peuvent être désintéressés intégralement, l'on ne voit pas dans quel but ils formeraient la surenchère du 1/6.

Il faut également déterminer le prix qui doit servir de base d'appréciation pour savoir s'il est suffisant pour désintéresser les créanciers inscrits ou opposants. En principe, on tient compte du prix mentionné dans l'acte de vente, mais il est possible que le droit du créancier soit exigible immédiatement et qu'un délai pour payer ait été accordé à l'acquéreur. Il faut tenir compte alors de la somme que l'acquéreur offrirait de consigner immédiatement, et si cette somme est insuffisante, la surenchère du 1/6 peut être portée.

Le délai pour surenchérir est de 20 jours à partir de la seconde insertion; depuis la loi du 13 mars 1922 ce délai est franc. On se pose, à propos de ce délai diverses questions secondaires, par exemple, celle de savoir s'il doit être augmenté à raison des distances; ce sont des questions accessoires qui relèvent davantage d'un ouvrage pratique que d'une étude théorique.

Nous en dirons de même quant aux règles de procédure et quant aux formes dans lesquelles doit être présentée la réquisition de surenchère; celle-ci a lieu par un acte d'huissier signifié au vendeur et à l'acheteur. On doit également le signifier au

précédent propriétaire, lorsque celui-ci a affecté le fonds à la garantie de la dette.

L'acte d'huissier comprend la réquisition de surenchère; il doit porter la signature du surenchérisseur, ou de son mandataire spécial. L'acte propose, en outre, de porter le prix à un taux supérieur du $\frac{1}{6}$; il doit contenir également l'offre de fournir caution; enfin le même acte assigne l'acquéreur et le vendeur à comparaître devant le Tribunal de Commerce du ressort où s'exploite le fonds.

Il intervient alors un jugement qui statue sur la validité de la surenchère, ordonne la vente, et en fixe les conditions.

L'adjudication a lieu dans les formes prévues par l'article 17 pour toutes les ventes judiciaires.

Il faut voir maintenant quel sont les effets de l'adjudication, et à cet égard, il y a lieu de distinguer suivant que l'adjudication a lieu au profit de l'acquéreur surenchéri ou bien au profit d'un tiers ou du surenchérisseur lui-même.

L'adjudication qui a lieu au profit de l'acquéreur surenchéri, produit des effets très simples : le droit est consolidé sur sa tête, il reste propriétaire, et son droit remonte naturellement à la date même de la vente primitive; il doit payer le supplément du prix qui résulte de la nouvelle adjudication, et il est tenu également des frais d'adjudication; les frais de publicité, de greffe et autres frais demeurent à sa charge.

L'adjudication peut être prononcée au profit d'un tiers ou au profit du surenchérisseur, et on voit se poser alors la question célèbre, celle de savoir qui aura été propriétaire de l'immeuble depuis la date de la vente primitive jusqu'au jour de la nouvelle adjudication. C'est une question analogue à celle qui se pose dans le droit civil, lors de l'adjudication au profit d'un tiers postérieurement à la surenchère de $\frac{1}{10}$.

L'adjudicataire surenchéri est propriétaire sous condition résolutoire; mais après que la réquisition de surenchère lui a été signifiée, il est tenu, d'après les termes de la loi de 1909, pour un administrateur séquestre; il peut, si bon lui semble, demander son remplacement dans cette fonction, ou les créanciers peuvent faire nommer à sa place un autre administrateur. La procédure pour cette nomination est suivie, depuis la loi du 11 mars 1924, par la voie du référé commercial.

Ces indications fournies par la loi elle-même, renferment le germe de la solution, en ce qui concerne la très grosse question de savoir qui aura été propriétaire du fonds de commerce pendant la période intérimaire. Ce ne peut être l'acquéreur surenchéri; et, en effet, la qualité d'administrateur séquestre qui lui est conférée par la loi est incompatible avec le droit de propriété, et dès lors on peut affirmer que, par l'effet de la nouvelle adjudication au profit d'un tiers ou du surenchérisseur, l'acquéreur surenchéri est réputé n'avoir jamais été propriétaire. Cette considération même ouvre la voie à la solution d'ensemble, car c'était précisément pour l'acquéreur surenchéri qu'il y avait difficulté. Et du moment que celui-ci est éliminé, il en faut nécessairement conclure que c'est le vendeur primitif qui est réputé être demeuré propriétaire jusqu'au jour de la nouvelle adjudication.

Cette solution résulte d'une manière implicite, mais certaine de la loi de 1909, et il n'est pas sans intérêt de l'indiquer car elle entraîne de nombreuses conséquences.

Il en résulte, tout d'abord, que les droits qui ont été consentis pendant la période intermédiaire par l'acquéreur surenchéri sont anéantis; par exemple, s'il a donné le fonds de commerce en garantie, l'acte tombe de plein droit comme ayant eu pour objet la chose d'autrui.

La même solution entraîne également des conséquences au point de vue des risques, car il en résulte inévitablement que les risques sont pour le vendeur, et si la chose vient à être détruite par cas fortuit ou à se déprécier, on ne peut pas dire que l'acquéreur surenchéri est néanmoins obligé de payer le prix, et finalement la perte sera supportée par le vendeur, c'est-à-dire en réalité, par les créanciers inscrits.

Il y a un peu plus de difficultés lorsque c'est le surenchérisseur, c'est-à-dire celui-là même qui a porté la surenchère, qui est finalement déclaré adjudicataire, et, en pareil cas, la Cour de Paris (Paris, 29 novembre 1923, D. P., 1923, 2.34) paraît décider que les risques seraient pour le surenchérisseur. Cette solution est implicite, parce que la Cour décide que les risques ne sont pas pour le surenchérisseur, lorsque ce n'est pas lui qui se porte adjudicataire; cela suppose par *a contrario* qu'ils seraient à sa charge dans le cas contraire, et à l'appui de cette opinion, on fait valoir l'argumentation présentée par certains auteurs en matière d'adjudication d'immeuble. Ces auteurs considèrent qu'il n'y a eu qu'une seule vente, ou, pour mieux dire, une seule adjudication, et que la surenchère n'est pas autre chose qu'une nouvelle enchère portée dans une seule adjudication qui se serait opérée en deux stades successifs. Mais cette argumentation ne peut valoir en matière de surenchère après vente de fonds de commerce car cette surenchère peut avoir lieu même après une vente amiable, et dès lors, il n'y avait pas eu de première enchère. Il faut donc en revenir ici à notre précédente argumentation, à savoir que c'est le vendeur primitif qui est réputé avoir été propriétaire jusqu'à la date de l'adjudication sur surenchère, et dès lors les risques sont à sa charge et par la même, à la charge des créanciers inscrits.

Que faut-il décider en ce qui concerne les dépenses qui

auront été faites par l'acquéreur surenchéri pendant la période intermédiaire pour la conservation de la chose. Ces dépenses devront lui être remboursées, et la demande de remboursement devra être formée contre le vendeur primitif et non pas contre le nouvel adjudicataire.

La question se pose d'une manière un peu différente en ce qui concerne les améliorations qui auront été apportées à la chose par l'acquéreur surenchéri pendant la période intermédiaire. C'est la solution d'équité qui a finalement prévalu, et on décide, en général, que l'acquéreur surenchéri aura droit au remboursement des améliorations qu'il a faites, et les choses se passeront de la manière suivante : lorsque l'adjudicataire définitif a, d'après les clauses de l'adjudication, l'obligation de reprendre le matériel et les marchandises à dire d'expert, il y aura lieu de procéder à une ventilation pour déterminer la part afférente aux améliorations effectuées par l'acquéreur surenchéri et cette part devra être mise de côté en vue d'indemniser l'acquéreur surenchéri. Il est à noter, du reste, que l'on fait, en l'espèce, application à l'acquéreur surenchéri des règles de l'article 2175 du Code Civil : les améliorations ne peuvent être réclamées par l'acquéreur surenchéri que jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont apportée au fonds. On se trouve, ici, en présence d'une application de la théorie de l'enrichissement sans cause.

Il faut encore attribuer les bénéfices commerciaux qui ont été réalisés pendant la période intermédiaire. Ces bénéfices commerciaux ayant été réalisés par l'acquéreur surenchéri, qui avait la qualité d'administrateur séquestre, ne pourront pas lui appartenir, car ce n'est, bien entendu, pas l'administrateur qui bénéficie des produits de la chose, et dès lors, en conformité avec le principe de solution précédemment exposé, il faudra

décider que les bénéfices commerciaux doivent appartenir au vendeur, c'est-à-dire par la même, aux créanciers inscrits.

L'adjudication sur surenchère du 1/6 produit un effet particulier en ce sens que, par l'effet de la surenchère, l'on considère que le fonds de commerce a atteint le prix maximum, et dès lors les privilèges ou hypothèques sont éteints, ou plus exactement, ils sont reportés sur le prix.

Nous en avons ainsi terminé avec l'hypothèse la plus fréquente, celle de la vente globale du fonds de commerce. Mais, si cette hypothèse est la plus fréquente ce n'est pas la plus intéressante au point de vue juridique, car il y a une autre hypothèse qui présente des difficultés: c'est celle où le commerçant dont le fonds est grevé de privilège du vendeur, ou plus généralement d'inscriptions, aliène individuellement l'un des éléments du fonds de commerce. Précisons le cas au moyen d'un exemple concret : un commerçant a donné son fonds de commerce en garantie pour sûreté d'avances qui lui avaient été faites par le créancier. Voilà donc un droit réel que nous serions presque tentés d'appeler droit d'hypothèque établi sur le fonds. Ce droit confère, en principe, le droit de préférence et le droit de suite, et si le fonds de commerce est aliéné en bloc par le commerçant, le créancier hypothécaire a le droit de suivre le fonds entre les mains du nouvel acquéreur. Tout cela n'est pas douteux, mais ce n'est pas l'hypothèse que nous avons à examiner. Il faut supposer, non pas que le fonds de commerce a été vendu en bloc par le commerçant, mais que le commerçant a vendu individuellement certains éléments du fonds de commerce, en cédant, par exemple, à un tiers des meubles détachés du fonds, ou bien des machines. Quels vont être les droits du créancier hypothécaire en présence d'une aliénation consentie dans ces conditions ? Il ne faudrait pas croire du tout qu'une pareille

question soit spéciale à l'hypothèque des fonds de commerce. On rencontre un cas analogue et même rigoureusement identique dans le cas d'hypothèque d'immeubles, car ici encore il peut arriver que certaines choses mobilières soient détachées de l'immeuble, et le cas qui se rapproche le plus du nôtre est celui où il y a eu vente d'immeubles par destination, tels que bestiaux, ustensiles, qui ont été séparés du fonds et vendus ou encore le cas de vente de fruits et récoltes et de coupes de bois. Le cas est étudié par M. PLANIOL, dans son traité de Droit Civil, t. II, n° 3176 et suivants, et nous ne pouvons résister au désir de donner le passage d'une manière complète :

« Cette aliénation, dit M. PLANIOL, ne peut pas donner lieu à un droit de suite. Ici s'applique la maxime : « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (article 2119). Mais cette observation ne suffit pas pour régler la situation des créanciers hypothécaires. Il y a des difficultés pour déterminer le moment précis où ils perdent le droit de saisir une chose, qui, jusque là, était adhérente ou annexée à l'immeuble et peut être saisie par eux comme accessoire du fonds.

« Cas où le meuble est déjà livré. »

« Il est bien certain, quand l'objet matériel détaché de l'immeuble a déjà été livré au tiers acquéreur, que le créancier a perdu son droit de suite : le tiers qui possède cette chose n'est pas personnellement débiteur du créancier il ne pourrait être atteint que par une action réelle; or, il se défendra contre cette action comme tout possesseur en invoquant l'absence de droit de suite en matière mobilière (Cassation 5 juillet 1880, Dalloz, 80.1.321, Sirey 81.1.105, Alger, 19 mars 1884, Dalloz, 1885, 2.134.).

« Mais le créancier hypothécaire conserve son droit de préférence sur le prix, si le tiers acheteur ne l'a pas encore payé (Cassation 31 janvier, 1870, Dalloz, 1870, 1.177).

« Cas où la chose vendue n'est pas encore détachée.

« Lorsque les objets vendus sont encore sur le fonds et
« adhérents au sol comme des récoltes, qui ont été vendues sur
« pied, ou une coupe de bois à faire, les opinions sont divisées
« sur le droit du créancier : les uns lui permettent encore de
« saisir, les autres le lui refusent. Le doute vient surtout de ce
« que la vente est translatrice de propriété; la chose vendue n'appartient plus au débiteur; de plus la vente des récoltes sur
« pied est un acte fréquent, qui est souvent de bonne administration. Cependant, le droit du créancier doit être maintenu
« pour la raison suivante, qui semble décisive : ces choses sont
« encore en fait et réellement des immeubles; c'est par l'effet
« d'un contrat de vente passé entre le débiteur et un tiers
« qu'elles ont pris la qualité de meuble; or, il est de principe
« que les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties
« contractantes, et ne sont pas opposables aux tiers surtout à
« ceux qui ont des droits réels comme les créanciers hypothécaires; par suite, à l'égard de ces créanciers, la chose vendue
« conserve son caractère de partie intégrante d'un bien hypothéqué, tant que la séparation matérielle n'a pas eu lieu.
« (Paris, 22 mai 1868, Dalloz, 69.2.72, Sirey, 1868, 2.253..

« Cette séparation survenant, d'autres questions se poseraient, s'il y a fraude, on recourra à l'action Paulienne; qu'il y ait fraude ou non, on pourra songer à la déchéance du terme pour diminution de la sûreté ».

Cette page si claire, que nous avons citée d'une manière

complète, présente un intérêt évident dans la matière qui nous occupe. Le raisonnement qu'elle renferme doit être étendu par analogie à l'hypothèse où le commerçant a vendu séparément divers éléments corporels qui dépendaient du fonds de commerce. Cette fois encore, le créancier hypothécaire n'aura pas le droit de suite; mais si la chose n'a pas encore été livrée, le droit réel simplement constitué au profit de l'acquéreur n'est pas opposable au droit réel antérieur du créancier hypothécaire, précisément parce que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. Mais il y a encore une autre conclusion, qui résulte de l'examen des pages ci-dessus, c'est que les situations qui se présentent en matière d'hypothèque du fonds de commerce correspondent à des situations analogues et même identiques, que l'on rencontrait précédemment dans le droit commun, et cela montre que le droit commun peut suppléer dans une large mesure, à l'existence d'une législation.

Les explications qui précèdent vont rendre aisée la solution, lorsque l'élément cédé d'une manière isolée par le commerçant est un élément incorporel, à savoir le droit au bail; par le seul fait de la cession, le droit au bail est détaché du fonds et comme tel il n'est plus susceptible d'hypothèque, et dès lors le droit du créancier est éteint. Celui-ci conserve, cependant, le droit de préférence sur le prix lorsque ce prix n'a pas été payé; mais cela suppose que c'est bien le droit au bail isolé qui est vendu, car la situation ici devient nuancée, et comme le droit au bail est un élément principal du fonds de commerce, il pourrait arriver que la cession du droit au bail puisse être assimilée à la cession du fonds de commerce, et alors le droit de suite évidemment subsisterait.

Que faut-il décider dans le cas où la cession porte sur les brevets et marques de fabrique ? Une loi du 26 juin 1920 a établi

une inscription sur les registres spéciaux de mutation à l'office national de la propriété industrielle, et par l'effet de cette inscription le créancier est saisi d'un droit réel sur le brevet ou la marque de fabrique, qui devient opposable même aux tiers, et dès lors le privilège ou le droit hypothécaire subsistera malgré toute cession ultérieure qui pourrait être faite par le commerçant relativement aux brevets ou à la marque de fabrique.

Jusqu'ici, nous ne nous sommes occupés que des conséquences civiles de la cession qui aurait été faite par le commerçant de l'un des éléments considérés individuellement du fonds de commerce précédemment hypothéqué. Il faut maintenant examiner la question au point de vue pénal et se demander si, par le fait d'une cession de ce genre, le commerçant n'encourt pas une peine qui serait appliquée par la juridiction répressive.

La jurisprudence en décide de la sorte toutes les fois qu'il y a cession d'un élément corporel du fonds. On fait application ici de l'article 400 du Code Pénal modifié par la loi du 13 mai 1863; le paragraphe 5 de cet article est ainsi conçu : « les peines « de l'article 401 sont également applicables à tout débiteur, « emprunteur ou tiers donneur de gage, pour avoir détruit, « détourné ou tenté de détruire les objets par lui donnés à titre « de gage ».

Etait-il possible d'étendre ce texte au cas de cession d'un élément corporel du fonds de commerce précédemment hypothéqué ? Nous ne le croyons pas, et voici pourquoi : c'est que ce texte envisage la notion classique du gage, c'est-à-dire le gage qui suppose une dépossession du débiteur, le gage qui a été remis par le débiteur au créancier, et d'une manière évidente, la criminalité de l'agent ne peut être envisagée sous le même angle, lorsque celui-ci est resté en possession de la chose donnée en gage, et qu'il a fait une simple cession de la chose ainsi

demeurée en sa possession. Ce n'est plus du tout le même cas que l'hypothèse classique, et d'autre part, nous sommes ici en matière pénale, c'est-à-dire dans une matière où l'interprétation des textes est rigoureusement stricte, et dès lors il est impossible de faire au commerçant l'application de l'article 401. Est-ce à dire qu'au point de vue législatif une sanction pénale ne soit pas désirable ? Cela est un tout autre point de vue, et il serait, en effet, à souhaiter que le commerçant qui cède à part un élément du fonds précédemment hypothéqué soit soumis à une sanction pénale; ce serait un moyen parfaitement légitime d'assurer plus de sécurité au créancier hypothécaire. Et il est évident que le commerçant est dans son tort lorsqu'il dilapide de la sorte, de mauvaise foi, le fonds de commerce précédemment hypothéqué. Cette solution est donc désirable au point de vue législatif, et il y aurait même lieu de l'étendre au cas du débiteur qui vend séparément, dans le cas de l'immeuble hypothéqué, les meubles qui étaient devenus des immeubles par destination; bien entendu cela ne s'appliquerait pas au cas de vente normale telle que celle de fruits et récoltes; mais enfin, tant qu'il n'y a que le texte actuel de l'article 401, il n'est pas possible d'admettre une sanction pénale.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation, par un arrêt du 13 mars 1900 (Dalloz, périodique 1914, 1.159) a décidé que le détournement du gage était punissable, sans qu'il y ait à distinguer selon qu'il fût ou non dans la possession du créancier ou du débiteur : « attendu dit l'arrêt que le paragraphe 5 « de l'article 400 est conçu en termes généraux, qu'il ne ren- « ferme ni n'autorise aucune distinction selon que le gage est en « la possession du créancier ou celle du débiteur; qu'il punit « dans l'un et l'autre cas le détournement du gage par celui qui « l'a donné ». C'est précisément le raisonnement que nous ve-

nons de contester. La Cour de Cassation a voulu, à juste titre, renforcer le droit du créancier hypothécaire, mais il nous semble qu'il faudrait une réforme législative pour autoriser une sanction pénale.

Quel que soit le sens extensif de cette jurisprudence, nous ne croyons pourtant pas qu'elle irait jusqu'à décider que l'article 400 est applicable dans le cas de vente isolée d'un élément incorporel tel que le droit au bail. Le texte parle, en effet, « d'objets donnés en gage » ; cela paraît impliquer la notion d'éléments corporels, et cette fois il serait bien difficile de soutenir une interprétation extensive du texte.

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude de la cession d'un élément individuel du fonds de commerce. Il y aurait une autre étude à annexer à celle qui précède, ce serait celle du cas où un élément individuel du fonds de commerce fait l'objet d'une saisie exécution de la part d'un créancier du commerçant. C'est une nouvelle menace de dislocation, qui vient apparaître en ce qui concerne le fonds de commerce; mais nous avons vu précédemment que la loi a envisagé le cas, et elle permet alors aux créanciers inscrits de demander la conversion, c'est-à-dire de provoquer la vente en bloc du fonds de commerce. Il n'y a donc pas lieu de revenir ici sur les explications que nous avons précédemment fournies.

TITRE QUATRIEME

De la purge

La purge est une procédure établie par le droit commun, qui permet, dans le cas de vente d'immeuble, à l'acquéreur de se mettre à l'abri pour l'avenir des poursuites des créanciers privilégiés ou hypothécaires, et cela de la manière suivante : l'acquéreur offre à ces créanciers, privilégiés ou hypothécaires, le montant du prix. S'ils l'acceptent comme représentant la valeur véritable de leur gage, leur droit de garantie est reporté sur le prix ainsi offert, et ils ne pourront plus exercer de poursuites à l'égard de l'acquéreur, ni en particulier lui notifier la sommation de payer ou de délaisser. S'ils trouvent les offres insuffisantes, les créanciers privilégiés ou hypothécaires peuvent réclamer la revente aux enchères de l'immeuble; mais, en pareil cas, le créancier qui a estimé les offres insuffisantes est tenu de porter une surenchère, et cette surenchère est de 1/10.

Pendant longtemps, il n'y a pas eu, en matière de vente du fonds de commerce, de procédure de ce genre; mais le jour où l'on en est venu à reconnaître l'existence de droits de garantie assujettis à la publicité, et que nous avons tendance depuis le début de cette étude à assimiler à de véritables hypothèques, il fallait aller jusqu'au bout de l'évolution, et c'est ainsi que l'on a admis l'existence d'une procédure de purge en matière de vente de fonds de commerce. Et, cette fois encore, la réglemen-

tation qui a été édictée était peut être dans une large mesure inutile; il aurait, sans doute, mieux valu s'en référer simplement au droit commun, et n'édicter que des dispositions accessoires réglementant des points de détail. Quoi qu'il en soit, à cet égard il importe de passer en revue le système établi par le législateur.

Et tout d'abord quelles sont les ventes après lesquelles la purge pourra être nécessaire ? Il y a lieu, évidemment, d'exclure toutes les ventes qui ont la faculté d'opérer la purge par elles-mêmes, et c'est un point sur lequel nous n'avons pas à revenir, puisque nous avons précédemment énuméré ces diverses ventes. Il résulte de là que finalement la purge pourra être nécessaire après les ventes suivantes, qui n'auront pas eu pour effet d'opérer la purge par elles-mêmes. Ce sont : toutes les ventes amiables entre parties, par acte sous seing privé ou par acte notarié, les adjudications volontaires faites par devant notaire. La purge n'est pas seulement nécessaire dans la vente, mais dans tous les autres actes qui opèrent mutation, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Telles sont les diverses mutations, qui devront être suivies d'une procédure de purge pour que l'adjudicataire soit débarrassé de toute menace de poursuite de la part des créanciers qui avaient un privilège ou une hypothèque sur le fonds de commerce.

Qui peut purger ? Pour répondre à cette question, il faut s'attacher à une double considération, et cette double considération n'est autre que la mise en valeur et la reproduction des règles du droit commun en matière de purge. Il faut donc que l'acquéreur ne soit pas personnellement obligé à la dette, car en pareil cas, comme il est tenu en vertu du contrat, il ne peut pas porter aux droits du créancier cette atteinte certaine qu'entraîne la procédure de purge, en particulier, dans le cas où le droit du

créancier était affecté d'un terme, c'est-à-dire dans le cas où, d'une manière plus précise, le débiteur n'aurait pas eu le droit d'imposer un paiement au créancier. Et, d'autre part, pour pouvoir purger, il faut être acquéreur du fonds, et au moment de la notification afin de purge, il faut en être encore le détenteur. Si le fonds de commerce a été revendu pour partie, l'acquéreur n'aura droit de purger que relativement à la portion dont il est resté propriétaire.

Quel va être le délai pour purger ? Le tiers acquéreur est en droit d'entreprendre la procédure de purge quand bon lui semble, ou, s'il le préfère, il peut attendre que les créanciers lui aient fait sommation de payer ou de délaisser. Toutefois, il y a un délai minimum pendant lequel l'acquéreur ne pourra commencer la procédure de purge; celle-ci ne peut avoir lieu pendant un délai de quinzaine après la vente.

On a signalé une contradiction apparente dans la loi de 1909. D'après l'article 22, l'acheteur aurait un délai de quinzaine après la sommation de payer pour faire les notifications à fin de purge; au contraire, d'après l'article 16, le créancier inscrit qui a fait la sommation de payer peut demander au Tribunal l'autorisation de réaliser le fonds, et il peut faire cette demande dans les huit jours de la sommation.

Cela paraît évidemment contradictoire, mais la conciliation est cependant aisée, car de deux choses l'une, ou bien dans les huit jours de la sommation de payer, l'acquéreur fait la notification à fin de purge, et alors la sommation devient en quelque sorte sans objet, ou bien l'acquéreur n'a pas fait la notification, et alors le créancier peut continuer la poursuite et essayer de se faire autoriser à vendre; mais si, dans la quinzaine de la sommation, l'acquéreur engage la procédure à fin de purge,

toutes les poursuites commencées par le créancier seront réputées nulles et non avenues.

Il y a, dans tout ceci, des règles particulières à la purge en matière de vente de fonds de commerce, l'on ne rencontre rien d'analogue dans le droit commun, et on peut se demander si ces prescriptions sont bien opportunes, une réglementation à outrance n'étant pas l'indice d'une bonne législation.

Quels sont les créanciers, auxquels les notifications doivent être adressées ? Ces notifications sont faites aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce.

En ce qui concerne la rédaction de la notification elle-même, il y a des règles assez nombreuses; elles ne sont, en général, que la reproduction du droit commun et c'est pourquoi il ne paraît pas nécessaire d'en faire ici l'énumération; mais il faut noter, cependant, la réapparition de la formalité connue sous le nom de tableau sur trois colonnes; dans la première, il y a lieu d'inscrire la date de vente ou de mise en garantie avec les numéros de l'inscription; dans la deuxième, on fera figurer les noms et domiciles des créanciers inscrits avec le domicile qu'ils ont élu dans l'inscription; dans la troisième colonne, il y aura lieu d'indiquer le montant des créances en principal, intérêts, avec les frais et charges pour chacune d'elles, tels qu'elles ont été évaluées dans les inscriptions que les créanciers ont prises au greffe. Ce tableau permet aux créanciers inscrits de voir au premier coup d'œil s'ils viennent en rang utile au point de vue de la collocation.

La nullité qui résulte de l'accomplissement de la formalité de la notification à l'égard de l'un des créanciers inscrits est relative à ce créancier, en ce sens que la procédure de purge n'en sera pas moins valable à l'égard des autres créanciers. La sanction ne sera donc pas la nullité de la purge à proprement

parler; mais le créancier qui a été victime de l'irrégularité conservera le droit de saisie contre le tiers détenteur, même après la procédure de purge.

Ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent en général; mais, cette fois encore, il y aurait lieu de ne les appliquer que *mutatis mutandis*, étant donné la présence dans le fonds de commerce d'éléments à certains égards indépendants les uns des autres, dont certains peuvent être grevés du privilège ou de l'hypothèque, et les autres ne pas en être grevés. Cependant, cette fois, il y a de l'analogie avec les règles du Code Civil, et l'article 22,3°, ne fait que reproduire à peu près textuellement les termes de l'article 2292 du Code Civil. Il y a des cas où les notifications adressées aux créanciers doivent contenir une évaluation séparée des différents éléments qui composent le fonds. Cela se produit, en particulier, lorsqu'un élément tel qu'un brevet ou une marque de fabrique n'est pas grevé d'inscription, ou bien encore lorsqu'il y a eu vente en bloc de l'établissement principal et des succursales. Il y a lieu d'évaluer dans le montant des offres la somme correspondante aux éléments qui ne sont pas grevés de privilège ou d'hypothèque, afin que les créanciers puissent faire leurs calculs et apprécier d'une manière exacte s'ils viennent en ordre utile; mais, encore une fois, la voie était tracée ici par le droit commun, car celui-ci prévoit dans l'article 2292 une ventilation possible quant aux éléments qui composent le fonds.

Quels vont être les effets des notifications ? Il faut distinguer les effets quant à l'acquéreur et les effets quant aux créanciers.

En ce qui concerne l'acquéreur, il est lié par l'offre qu'il a faite aux créanciers, et il ne peut plus la retirer; il est lié indé-

pendamment de toute acceptation de la part des créanciers, c'est un exemple classique de l'engagement unilatéral.

Il ne faut cependant pas interpréter cette règle d'une manière absolue, car il pourrait y avoir ultérieurement réduction des offres; mais il faudrait distinguer suivant la cause de la réduction. Si la réclamation a pour cause un événement étranger d'une manière proprement dite au contrat primitif intervenu avec le vendeur, si, par exemple, l'acquéreur se trouve avoir droit à des dommages-intérêts, parce que le vendeur s'est établi, cette circonstance est sans effet en ce qui concerne l'offre contenue dans les notifications. Mais si la réclamation de l'acquéreur a pour cause une atteinte intime du contrat primitivement intervenu, et si cette réclamation s'appuie sur le fait qu'il y a eu éviction, par exemple sur ce qu'il y avait une saisie exécution en cours au moment de la vente, mais dissimulée à l'acquéreur, ou bien une demande en déchéance de brevet qui aurait pour effet d'enlever au fonds la plus grande partie de sa valeur, ou bien une revendication d'un propriétaire : dans tous ces cas, le prix fixé au contrat primitif subit, en quelque sorte, une réduction inévitable et presque de plein droit, et cela se répercute sur le montant de l'offre faite dans les notifications. Dans cette mesure l'offre devient en quelque sorte sans cause, et elle doit être réduite en conséquence.

Que décider en ce qui concerne les intérêts du prix ? En droit commun, la jurisprudence décide que les intérêts courent à compter de la sommation de payer, et s'il n'y a pas eu de sommation, ils courent à compter des notifications. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer ici les mêmes règles qu'en droit commun, et cela montre une fois de plus l'analogie pour ne pas dire l'identité des deux sujets.

Quels sont les effets des notifications en ce qui concerne les

créanciers ? De deux choses l'une : ou bien, ils acceptent le prix, et alors les privilèges ou hypothèques sont purgés. L'on considère qu'il y a acceptation lorsqu'il s'est écoulé un délai de quinze jours à dater des notifications sans que la surenchère ait été portée : il y a alors acceptation tacite; en pareil cas, le droit des créanciers inscrits sur le fonds de commerce est reporté sur le prix. Ou bien, au contraire, il arrive que l'un des créanciers, parce qu'il estime les offres insuffisantes, requiert la vente aux enchères, et porte alors une surenchère, qui n'est plus la même que celle du droit commun, qui est plus faible parce que le législateur a voulu assurer aux créanciers une sauvegarde plus aisée de leurs droits : la surenchère est du 1/10.

Il y a lieu maintenant d'étudier le cas où l'un des créanciers inscrits a, de la sorte, porté une surenchère du 1/10.

La capacité nécessaire pour porter cette surenchère est celle d'ester en justice et de s'obliger; il résulte de là que le liquidateur et le syndic ne peuvent se porter surenchérisseurs.

Quant aux formes : la surenchère a lieu par un acte d'huissier, signifié à peine de nullité à l'acquéreur et au vendeur, et contenant la surenchère proprement dite, c'est-à-dire l'offre de porter le prix à 1/10 en plus; d'autre part, une offre de caution, et, enfin, une assignation devant le Tribunal de commerce dans le ressort duquel a lieu l'exploitation du fonds.

La plupart des règles applicables en matière de surenchère du 1/6 sont également applicables dans le cas de surenchère du 1/10, et il faut également étendre les mêmes règles à l'adjudication et à ses effets. Il faut également raisonner par analogie en ce qui concerne la résolution du droit de l'acquéreur surenchéri; celui-ci également pendant la période intérimaire n'a été qu'un administrateur séquestre, et dès lors la célèbre question du Droit Civil est également résolue ici et dans les mêmes

termes: une fois l'adjudication sur surenchère prononcée au profit d'un tiers, l'acquéreur surenchéri est réputé n'avoir jamais été propriétaire.

Il y a cependant une différence à noter, elle se présente dans le cas où c'est l'acquéreur surenchéri qui devient adjudicataire. Dans le cas de la surenchère du 1/6, il y avait controverse pour savoir si l'acquéreur avait un recours contre le vendeur pour le remboursement de l'excédent du prix et des intérêts : il n'y a pas de controverse au contraire, lorsque la nouvelle adjudication a eu lieu sur surenchère du 1/10, et la disposition de l'article 23 est ici formelle : l'acquéreur surenchéri a un recours contre le vendeur pour le remboursement de l'excédent du prix et des intérêts, il pourrait même demander des dommages-intérêts.

CONCLUSION

La loi du 17 mars 1909 a soulevé en pratique des difficultés multiples. La vérité est que cette loi paraît beaucoup trop compliquée, elle entoure la pratique en quelque sorte de pièges dans lesquels il est à tout moment facile de tomber, les irrégularités s'accumulent, les droits des parties demeurent indéterminés, il n'y a pas de sécurité.

Il y a un projet de réforme, mais ce projet de réforme n'est pas présenté dans un sens de simplification; sans doute il abroge la loi de 1909, mais il en reprend les principales dispositions.

Le projet inaugure diverses réformes, qui sont les suivantes :

Il prévoit la création de nouveaux privilèges, qui pourront comme celui du vendeur, du créancier inscrit, ou du Trésor pour les bénéfices de guerre, grever le fonds de commerce.

En second lieu, le délai d'inscription est porté à vingt jours. Il y a également des modifications du point de départ du délai des publications, de surenchère et d'inscription. Le point de départ de ce délai a été fixé à la date de l'acte de vente ou de prêt; d'après la nouvelle loi, ce sera la date de la prise en possession.

Il est institué au greffe du Tribunal de Commerce une distribution du prix des fonds de commerce.

Enfin le projet crée un droit de suite relativement aux éléments incorporels du fonds, ces éléments seront susceptibles de saisie et de surenchère.

Lorsqu'on lit la loi de 1909 et le projet de réforme, il est impossible de ne pas être frappé du caractère minutieux de la réglementation, qui entre dans d'infinis détails; la loi de 1909 renferme à elle seule 38 articles, et il y a certains de ces articles tels que l'article 23, qui renferment jusqu'à une cinquantaine de lignes d'une page in-8°, c'est beaucoup, on pourrait presque dire que c'est beaucoup trop, et quand on songe au petit nombre d'articles, et chacun de faible étendue, au moyen desquels les rédacteurs du Code Civil ont réglementé toute la matière des privilèges et des hypothèques, l'on se demande si les rédacteurs de la loi de 1909 n'ont pas commis une erreur.

C'est peut-être une faute du législateur que de vouloir tout prévoir et trop prévoir. Son véritable rôle est plutôt de tracer des directives, de poser des grandes lignes en conformité avec les principes juridiques, et quand ces grandes lignes ont été bien assises, le reste est l'œuvre des interprètes de la loi, et si l'on peut dire celle-ci se développe dans ses conséquences à l'infini sans difficulté.

Sous le bénéfice de ces observations, l'on peut se demander s'il ne serait pas possible, même dans un avenir lointain, d'opérer une réforme plus radicale et de reprendre tout le problème à son point de départ.

Il n'est tout de même pas assuré enfin, et nous avons essayé tout le long de cette étude de prouver le contraire, que le droit de créancier inscrit soit un droit de gage, ne serait-ce pas plutôt une hypothèque, et le fonds de commerce lui-même est-on absolument certain que ce ne soit pas un immeuble ? Et alors s'il s'agit d'hypothèque et d'immeuble, est-ce qu'il n'y a pas déjà des lois sur l'inscription des hypothèques, sur la transcription des mutations d'immeubles, est-ce qu'il n'y a pas déjà une organisation de la conservation des hypothèques ? Pourquoi multi-

plier les systèmes de publicité ? Pourquoi ne pas se contenter des cadres déjà existants ?

Il ne serait peut-être pas impossible d'orienter la réforme de la manière suivante : il suffirait d'ajouter un nouveau texte au Code Civil, au chapitre de la distinction des meubles et des immeubles; ce serait un texte comme celui-ci : le fonds de commerce se compose d'une manière principale d'éléments incorporels : l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, l'achalandage, le droit au bail. Les marchandises et le matériel sont des éléments accessoires. Le fonds de commerce est un immeuble.

Avec quelques textes supplémentaires pour régler quelques détails de formalités dans la matière des privilèges et hypothèques et peut-être aussi l'établissement d'une sanction, qui pourrait être non pas une sanction pénale, ce qui est trop fort, mais un délit privé dans le cas de détournement frauduleux des marchandises ou du matériel, ne pourrait-on parvenir à une législation plus simple, plus claire et plus facilement applicable que celle qui existe actuellement ?

FIN

VU :

Le Président,
Albert WAHL.

VU :

Le Doyen,
BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
TITRE I. — SOURCES ET CONSERVATION DU PRIVILÈGE DU VENDEUR ET AUTRES SURETÉS QUI PEUVENT EXISTER SUR LE FONDS DE COMMERCE. — DÉTERMINATION DE LEUR ÉTENDUE.	15
<i>Première section :</i>	
Du privilège du vendeur du fonds de commerce	15
CHAPITRE I :	
Du cas où le vendeur a entendu se réserver le maximum de garantie	17
Annexe à l'étude du privilège	28
De l'action résolutoire	28
CHAPITRE II :	
Du cas où le vendeur a entendu se réserver le maximum de garantie, mais où les formalités n'ont pas été rem- plies conformément aux prescriptions de la loi	35
CHAPITRE III :	
Du cas où le vendeur n'a pas réservé le privilège dans son étendue maxima.	43
CHAPITRE IV :	
Appréciation critique	44
<i>Deuxième section :</i>	
Du privilège du vendeur qui a reçu le fonds en garantie..	46
(Questions spéciales. Etendue du privilège au point de vue de l'objet. — De la question de savoir si les immeubles par destination peuvent être compris dans le nantisse- ment. — Eléments obligatoirement ou facultativement compris dans la garantie).	

TITRE II. — DU DROIT DE PRÉFÉRENCE DES CRÉANCIERS INSCRITS SUR LE FONDS DE COMMERCE	63
CHAPITRE I :	
De la réalisation du fonds de commerce	65
§ I :	
Réalisation forcée du fonds de commerce	65
§ II :	
De la conversion	78
CHAPITRE II :	
De la répartition des deniers entre les créanciers inscrits	83
§ I :	
Concours entre les privilèges inscrits d'après la loi de 1909. — Concours des privilèges inscrits avec les privi- lèges généraux de l'article 2101 du Code Civil	85
§ II :	
Concours des privilèges inscrits avec les privilèges spé- ciaux sur certains meubles.	88
TITRE III. — DU DROIT DE SUITE	93
TITRE IV. — DE LA PURGE	109
CONCLUSION	117

